

Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht

Prof. mr. C.P.M. Cleiren

Inhoud

<i>Inleiding</i>	35
<i>Deel I Een oriëntatie op de term en de notie ‘genoegdoening’</i>	38
I.1 Algemeen	38
I.2 Oriënterende overwegingen	43
<i>Deel II De notie ‘genoegdoening’ in een juridische context</i>	45
II.1 Inleiding	45
II.2 Genoegdoening in rechtshistorisch perspectief	46
II.3 Genoegdoening in ons huidige civiele recht	49
II.4 Kenmerken en karakteristieken van genoegdoening in een juridisch georiënteerde context	51
a. Constitutieve omstandigheden en voorwaarden voor genoegdoening	52
b. Functie en doel van genoegdoening	53
c. De grond voor genoegdoening	53
d. De middelen	54
<i>Deel III Genoegdoening in een strafrechtelijke context</i>	55
III.1 Inleiding	55
III.2 Constitutieve voorwaarden en omstandigheden voor genoegdoening in ons strafrechtelijk stelsel	56
III.2.1 Strafrecht is publiekrecht	56
	33

Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht

III.2.2	Wederkerigheid in de (rechts)betrekking?	57
	Inleiding	57
	Het wederkerigheidsbeginsel	57
	Wederkerighedsrelaties	58
	Het begrip wederkerigheid	59
	Mutualiteit	59
	Reciprociteit	60
	Wederkerigheid in het recht	61
	De rol van de staat bij wederkerighedsrelaties	62
	Wederkerigheid in het strafrechtelijk stelsel	63
	Wederkerigheid in de genoegdoeningsrelatie	66
	Genoegdoeningsrelaties in het recht	67
	Genoegdoening aan slachtoffer en nabestaanden langs strafrechtelijke weg	67
	Genoegdoening aan de samenleving langs strafrechtelijke weg	69
	Realisering van genoegdoeningsrelaties binnen de juridische orde van ons strafrechtelijk stelsel	70
III.2.3	Conclusie	71
III.3	Doel en functie van genoegdoening geplaatst in ons strafrechtelijk stelsel	72
III.3.1	Doel en functie van het strafrecht	72
III.3.2	Genoegdoening en doel van straffen	74
III.4	De gronden voor genoegdoening geplaatst in ons strafrechtelijk stelsel	76
III.5	De middelen van genoegdoening geplaatst in ons strafrechtelijk stelsel	79
III.6	Een veranderende strafrechtelijke context	81
III.6.1	Inleiding	81
III.6.2	Het publiekrechtelijk karakter onder druk	82
III.6.3	Herwaardering van de horizontale dimensies van strafrechtelijke functies	84
III.6.4	Herwaardering van de 'relatie' tussen slachtoffer en dader	85
III.6.5	Een nieuw paradigma?	86
III.6.6	De beweging rondom 'restorative justice'	88
	<i>Deel IV Meer mogelijkheden voor genoegdoening?</i>	91

Inleiding

Genoegdoening aan slachtoffers, zo luidde beknopt gezegd het onderwerp dat de preadviseurs van uw vereniging voor deze dag als opdracht meekregen. Genoegdoening niet slechts als een primitief gevoel, maar als een diep gevoelde rechtseis, als één van de kerntaken van het recht: recht doen.

Het lijkt zo vanzelfsprekend.

Toch speelt de term genoegdoening in de strafrechtsliteratuur en strafrechtspiegeling van de afgelopen eeuw nauwelijks een rol. Genoegdoening is geen wettelijke term, geen strafrechtelijke ‘categorie’ en vormt geen strafrechtelijk leerstuk. En zelfs binnen het huidige tijdsgewricht en de daarin zichtbare en hoorbare onvrede met de aanpak en bestrijding van criminaliteit en de strafrechtelijke handhaving in de meest brede zin van het woord wordt de term genoegdoening zelden gehanteerd. En dat verbaast. Immers, de klachten over, bezwaren, verzet en zelfs agressie tegen de overheid, de politiek, het OM en de rechter als het gaat om die onvrede kunnen zonder veel inspanningen worden ‘vertaald’ en geduid in termen van een roep om genoegdoening: genoegdoening voor hetgeen de burger, anderen of zelfs de gehele gemeenschap is of wordt aangedaan. Datzelfde geldt wellicht ook voor de fundamenteën, de achtergronden en de strekking van de – zowel wetenschappelijke als niet wetenschappelijke – discussies over de positie van het slachtoffer in het strafproces.

Wordt genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht als zo ‘natuurlijk’ beschouwd dat de notie wordt vóórondersteld en blijkbaar geen vermelding en interpretatie behoeft?

Ligt het niet juist in de rede dat in het strafrecht wél expliciet een plaats zou zijn ingeruimd voor de notie van genoegdoening? De term genoegdoening roept immers bij zo goed als iedereen associaties op met een aangedaan onrecht of geschokt rechtsgevoel. En in aansluiting daarop ligt de associatie met slachtoffers van delicten voor de hand.

Uitgaande van de vaststelling dat de term genoegdoening in het strafrecht nauwelijks een rol speelt, rijst de vraag of er gebruik wordt gemaakt van alternatieven of synoniemen voor die term om dezelfde betekenis of zo een rechtseis aan te duiden. Zijn er andere disciplines van het recht waarbinnen genoegdoening wel als wettelijke term of juridische categorie functioneert? Speelt genoegdoening als (rechts)seis, begrip of concept in het strafrecht een rol onder een andere noemer? Hoe verhoudt de notie van genoegdoening zich tot begrippen uit het strafrechtelijk discours, zoals vergelding, herstel, schadevergoeding, boete

en verzoening? Zijn er argumenten om in het strafrecht (meer) betekenis toe te kennen aan de notie van genoegdoening? Deze – en nog vele andere vragen – dringen zich bijna als vanzelf op.

Het ligt dan ook in de rede om dit preadvies aan te vangen met een eerste oriëntatie op de term en het begrip genoegdoening en de mogelijke betekenissen daarvan. Die eerste oriëntatie is noodzakelijk om de reikwijdte van het thema van dit preadvies te kunnen bepalen en beperken. Als we het thema van dit preadvies namelijk zouden opvatten als identiek aan de algemene notie of (rechts)eis van ‘recht doen aan slachtoffers’, zou deze studie tamelijk teleurstellend kunnen worden. Deze gedachte verdient enige toelichting.

De laatste drie decennia heeft het slachtoffer in ons strafrecht een ware ‘herwaardering’ ondergaan. Deze ontwikkelingen en veranderingen hebben zich niet alleen afgespeeld in het wetenschappelijk discours, maar ook in het strafrechtelijk beleid, de wet- en regelgeving en de strafrechtspleging. Een en ander is gepaard gegaan met een golf van studies, experimenten, publicaties, uitspraken en aanbevelingen.¹ Het is allereerst ondoenlijk om alle aspecten van ‘recht doen aan slachtoffers’ serieus te behandelen zonder daarbij wezenlijk tekort te doen aan de belangrijkste studies, uitspraken en opvattingen die daarop reeds betrekking hebben. Maar nog lastiger zou het zijn om het niveau van beschrijven van een en ander te overstijgen met nieuwe concepten en de ontwikkeling van een nieuwe of andere visie. De teleurstellingen liggen op de loer. Er is immers al zo veel gezegd.

Een en ander leidt tot de keuze om allereerst te bezien of aan de notie van genoegdoening een specifieke betekenis toekomt. De term of notie zal ‘inhoud’ moeten krijgen. Zonder zo een invulling zal iedere uit-

1 Omdat er sprake is van een ware golf van studies, experimenten, publicaties, uitspraken en aanbevelingen is het niet raadzaam hier een overzicht te geven. Daarom verwijst ik hier naar enkele teksten en literatuur die de lezer goede aanknopingspunten bieden voor verdere studie. M S Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding*, diss. RUL 1985, Nijmegen 1985, De Wet Terwee, *Stb* 993, 29 en de daarbij behorende kamerstukken, nr 21 345; A L J. van Strien, ‘De positie van het slachtoffer in het strafproces’, in M S Groenhuijsen en G. Knigge, *Het onderzoek ter terechtzitting*. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Groningen 1999, p 249-250, M S Groenhuijsen, N J M Kwakman, ‘Het slachtoffer in het vooronderzoek’, in M S Groenhuijsen en G. Knigge, *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Groningen 2002, M E I Brienens, E H Hoegen, *Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems*, diss. KUB 2000, WLP 2000, *T&C Strafrecht*, 4e druk 2002, Hofstee, art 36f, aant. 17, literatuurlijst

werking immers onvermijdelijk blijven steken in terminologische en begripsmatige onhelderheid. Hoewel de opdracht van dit preadvies en de zojuist daaruit afgeleide vragen een juridisch karakter hebben, zullen we ons bij gebrek aan heel concrete juridische aanknopingspunten mede moeten oriënteren op de betekenis van genoegdoening in andere contexten en in andere wetenschappelijke disciplines. De diversiteit en de rijkdom van deze bronnen kunnen binnen het kader van dit juridisch georiënteerde preadvies natuurlijk niet volledig tot hun recht komen. De verwijzingen in de noten bij de tekst zullen deze beperking aanvaardbaar moeten maken.

In deel I staat de betekenis van de notie ‘genoegdoening’ centraal. Allereerst vindt een eerste oriëntatie plaats op de term en de notie van genoegdoening met behulp van synoniemen en verwante begrippen. Een wijze van werken die ten dele associatief, descriptief, deductief en hypothetisch is. Op basis daarvan worden kenmerken gedestilleerd die als wezenlijk met de notie genoegdoening verbonden lijken. De te onderzoeken vragen worden in aansluiting daarop geformuleerd.

Vervolgens wordt in deel II gezien binnen welke juridische kaders genoegdoening – met inachtneming van die kenmerken – tot zijn recht kan komen. Daarmee krijgt genoegdoening een inkleuring die is georiënteerd op een juridische context. De aldus benoemde kenmerken en karakteristieken van genoegdoening zijn dus niet volledig terug te voeren op analyse van juridische, rechtssociologische, rechtsfilosofische of rechtstheoretische kaders en kunnen geen aanspraak maken op daarmee verbonden eisen van geldigheid of toetsbaarheid. Het zij zo. Zij worden ondergebracht in 4 hoofdgroepen om hun betekenis binnen een strafrechtelijk georiënteerde context zo scherp mogelijk zichtbaar te kunnen maken.

In aansluiting op het voorafgaande worden in deel III de kenmerken en karakteristieken van de notie genoegdoening nader omljnd en ingevuld in een strafrechtelijke context. De beperkingen voor genoegdoening in het strafrecht worden zichtbaar gemaakt. Ook wél in ons strafrecht gerealiseerde elementen van genoegdoening worden in kaart gebracht.

In het laatste deel wordt gezien of en op welke wijze – ondanks alle beperkingen van ons strafrechtelijk stelsel – genoegdoening aan slachtoffers kan en moet worden versterkt.

Het onderzoek naar genoegdoening deed denken aan een ontdekkingsreis. Het preadvies zoals dat voor u ligt probeert recht te doen aan de vele vondsten en ontmoetingen en heeft als gevolg daarvan soms kenmerken van een reisjournaal.

Deel I Een oriëntatie op de term en de notie ‘genoegdoening’

1.1 Algemeen

Genoegdoening is een term die in het dagelijks spraakgebruik een rol speelt, maar daarnaast bijvoorbeeld ook in de theologie, de rechtsfilosofie, de ethiek, de sociologie en de antropologie. Genoegdoening is daarentegen geen wettelijke term en ook geen zelfstandig juridisch leerstuk. Wel zijn er bronnen met een juridische karakter die indicaties geven over de eventuele betekenis(sen) van genoegdoening. Die vinden we in de historische literatuur van zowel strafrecht als civiel recht, het huidige civiele recht, alsmede in literatuur rondom herstelrecht (restorative justice), verzoening en mediation. Deze bronnen zullen dus moeten worden benut om het begrip genoegdoening ‘inhoud’ te geven.

Bij een eerste oriëntatie op de term genoegdoening blijkt dat die term zelf geen eenvoudige ingang biedt voor de opheldering van de betekenis. Genoegdoening lijkt te duiden op een handeling die zijn waarde en betekenis volledig moet ontleen aan de context waarbinnen die handeling plaatsvindt. Dit kan worden geïllustreerd met behulp van de eerste associaties die opkomen bij het noemen van de term genoegdoening: goedmaken of tegemoetkomen.

Deze sterke afhankelijkheid van de context van de handeling vormt wellicht een verklaring voor het feit dat genoegdoening zelden een zelfstandig onderwerp van bespreking of onderzoek is, maar veelal in relatie tot andere begrippen, zoals wraak en vergelding, aan de orde komt.

Zoekend naar betekenissen van de term genoegdoening in de Nederlandse taal treft men diverse termen: *tegemoetkoming*, *voldoening*, *eerherstel*, *revanche*, *recht doen*, *wraak*, *schadeloosstelling*, *compensatie*, *satisfactie*, *vredegeld* en *zoenoffer*.² Deze termen geven indicaties voor een interpretatie van genoegdoening in de richting van materiele of immateriele schadevergoeding, maar ook voor enige vorm van tegemoetkoming bij een gekrenkt rechtsgevoel door bijvoorbeeld erkenning of verzoening. Enkele van de genoemde termen hebben verwantschap met begrippen uit het civiele recht. Andere termen sluiten nauw aan bij begrippen uit het strafrechtelijk discours, zoals wraak, vergelding en verzoening. Juist omdat de term genoegdoening weinig eigenstandig richting lijkt te geven, kunnen deze daarmee wel verbon-

2 Diverse woordenboeken, alsmede de synoniemenlijst van Microsoft Word 2000

den begrippen vanuit strafrechtelijk perspectief wellicht een eerste aanknopingspunt bieden.

Over wraak, vergelding, verzoening en vergeving is in de loop der geschiedenis ontzettend veel geschreven. Zo wordt in de Romeinse en Griekse oudheid uitvoerig gedacht, geschreven en gediscussieerd over deze thema's. Plato, Aristoteles en de Griekse tragedies vormen rijke bronnen om de grondslag, de reikwijdte, voorwaarden, grenzen en implicaties van deze begrippen nader te bestuderen.³ Daarnaast brengt een zeer vluchtige blik ons onder meer bij Thomas van Aquino, Hegel, Nietzsche, Paul Ricoeur, Merleau-Ponty, Emanuel Levinas, René Girard en Jacques Derrida.⁴ En ook door geschiedenis van de literatuur lopen deze thema's als een onmiskenbare draad. Een paar voorbeelden: Dostojevski, Theodor Fontane, Joseph Conrad, Schlink en vele anderen.⁵ Recent is er bovendien vrij veel over verzoening en vergeving gepubliceerd, mede naar aanleiding van de werkzaamheden van diverse waarheids- en verzoeningscommissies.⁶

Vergelding, wraak, verzoening en vergeving behoren duidelijk tot de essentiële noties van onze culturele en religieuze geschiedenis. De theologie heeft daarbij als invloedrijk gedachtegoed een cruciale rol gespeeld. Hoewel ook voor de theologie geldt dat genoegdoening daarbinnen veelal niet als een zelfstandige categorie of notie wordt bestudeerd, biedt ook zij wel aanknopingspunten voor de betekenis daarvan.

- 3 Leo Polak heeft in zijn werk *De zin der vergelding* deze geschiedenis en die begrippen op schitterende wijze uitgewerkt en beschreven. Leo Polak, *De zin der vergelding*, Een strafrechts-philosophisch onderzoek, Amsterdam 1947
- 4 Thomas van Aquino, Zie hierover John Finnis, *Aquinas, Founders of Modern Political and social Thought*, Oxford University Press, 1998, Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, F Nietzsche, onder meer *Also sprach Zarathustra* en *Die frohliche Wissenschaft*, Paul Ricoeur, onder andere 'Le pardon, peut il guérir?', *Esprit* januari 1995, Merleau-Ponty, *Essays*, E Levinas, *Het menselijk gelaat*, Baarn 1969, René Girard, 'God en geweld, Over de oorsprong van mens en cultuur', *Mimesis* 1994, Jacques Derrida, *Le monde des Débats*, december 1999
- 5 FM Dostojevski, *Misdaad en Straf*, Amsterdam, Van Oorschot 1968, Theodor Fontane, *Effi Briest*, Munchen 1969, Josph Conrad, *Heart of Darkness* 1899, Harmondsworth 1995, Penguin, B Schlink, *Der Vorleser*, Zurich 1997
- 6 De waarheids- en verzoeningscommissie voor Zuid-Afrika is hiervan het meest bekende voorbeeld. Zie hiervoor Desmond Tutu, *Geen toekomst zonder verzoening*, Amsterdam 1999, De Bezige Bij en bijvoorbeeld Antjie Krog, *De kleur van je hart*, Mets en Schilt/Novib, In Nederland onder meer Bert van Roermund, 'Recht en verzoening', commentaar, *R&R* 1997, 3, E Brugmans, e a (red), *Rechtsvaardigheid en verzoening, Over de fundamenteën van de moraal in een tijd van geweld*, Damon, 2000, Paul van Tongeren (red), *Is vergeving mogelijk? Over de mogelijkheid van vergeving, vooral in verband met oorlogsmisdaden*, Damon 2000

Reeds in het Oude testament (Exodus) vindt men normen en regelingen die zijn georiënteerd op vergelding, wraak, vergeving en zoenoffer. Men vindt daarna bijvoorbeeld uitwerkingen in het Christendom in de Brieven van de Apostel Paulus en weer later bij Thomas van Aquino.⁷ Thomas van Aquino maakt wel gebruik van de termen satisfactio, restitutio en retributio, die verwant zijn aan de mogelijke betekenissen van genoegdoening.⁸ In de oude kerkleer wordt het begrip genoegdoening of satisfactioes gebruikt voor de boeteverplichtingen die worden opgelegd bij zware misdragingen (vasten, aalmoezen, gebeden en liefdewerk).⁹ Zij vormen een 'verzoeningsmiddel'. Sinds de invoering van de geheime biecht vormt het een van de drie elementen van de penitentie. De genoegdoening doet de – na de absolutie – overblijvende wereldse zonden teniet. Zowel de inhoud van de notie van genoegdoening als de term worden overgenomen in de Christelijke leer. De reformatoren verwerpen het begrip, hetgeen samenhangt met hun afwijzing van de onverschuldigde godsgenade.¹⁰ Het is van belang hier uitdrukkelijk op te merken dat elementen van de notie van verzoening in deze theologische context niet zonder meer kunnen worden getransponeerd naar de notie van genoegdoening. In (het merendeel) van de theologische teksten en analyses heeft verzoening betrekking op de 'relatie' tussen de mens en God en niet op de 'relaties' tussen mensen.¹¹ Maar desondanks heeft verzoening ook in theologische termen niet steeds alleen betrekking op de rechte verhouding tot God, maar ook op de menselijke gezindheid.¹²

De betekenis van de begrippen wraak, vergelding, verzoening en vergeving valt nauwelijks eenduidig te formuleren en zeker niet zonder onrecht te doen aan de vele studies en gehanteerde nuances. Voor het vervolg is het echter wel zinvol de essentie van die begrippen ten opzichte van de notie van genoegdoening ter oriëntatie te benoemen.¹³ Als belangrijke overeenkomst kan worden gewezen op het feit dat alle vier de begrippen een begaan onrecht veronderstellen. Zo bezien is er

7 Zie bijvoorbeeld dr Herman Ridderbos, *Paulus, Ontwerp van zijn theologie*, hoofdstuk V, Voor Thomas van Aquino bijvoorbeeld John Finnis, a w Chapter VI, 5

8 Zie John Finnis, a w Chapter VI 5

9 *Historisches Worterbuch der Philosophie*, Joachim Ritter, Darmstadt

10 Zie noot 9

11 Aan dit onderscheid wordt in diverse analyses van theologische teksten gerefereerd Zie hiervoor ook Bert van Roermund, a w

12 Zie bijvoorbeeld Paulus, *Ontwerp van zijn theologie*, Herman Ridderbos, Kampen 1997, par 33

13 Ze zijn geknopt en beperkt en er is vast veel op af te dingen Ze dienen hier slechts ter oriëntatie

steeds sprake van twee relevante partijen, een dader en een slachtoffer. De rol van partij is niet slechts voorbehouden aan individuen, maar kan ook betrekking hebben op entiteiten, groepen, volken etc. *Wraak* is een 'gewelddadige' reactie op een andere (mis)daad. *Wraak* leidt – in tegenstelling tot genoegdoening – veelal niet tot een einde van het conflict. De (mis)daad die wordt gewroken is namelijk meestal niet de eerste in een rij. Zij is vaak bedoeld als wraak voor een eerdere misdaad. *Wraak* kan een eindeloze keten vormen waarin de rol van slachtoffer en dader in elkaar overvloeien. *Vergelding* kan worden aangeduid als een 'contra-bejegening ten kwade door het slachtoffer'.¹⁴ *Vergelding* is – in tegenstelling tot wraak – geen willekeurige, maar een 'geobjectiveerde' en verdiende re-actie. In het strafrecht is de vergelding geïncorporeerd in het doel van de straf. Met zo een proportionele en genormeerde re-actie biedt het recht een formele beëindiging van het conflict. *Vergelding* valt niet samen met genoegdoening, maar kan er wellicht wel een bijdrage aan leveren. *Verzoening* vormt niet slechts een reactie, maar een antwoord op onrecht dat door beide partijen wordt aanvaard. De term *verzoening* duidt niet alleen op het resultaat, maar ook op het proces. *Verzoening* is een principieel innerlijk gebeuren en wederkerig in de zin van innerlijk beaamd. Daarin wijkt het af van het recht dat van buitenaf de beslissende knopen doorhakt en het conflict formeel beëindigt. *Verzoening* kan daarom nooit worden afgedwongen. *Vergeving* veronderstelt een initiatief van het slachtoffer, maar ook boete en berouw van de kant van de dader. *Genoegdoening* is daarom wellicht zelfs een voorwaarde voor vergeving. *Vergeven* impliceert anders voelen en anders oordelen over het gebeurde. Maar daar komt een morele notie bij, namelijk een verandering in innerlijke gesteldheid van het slachtoffer ten opzichte zichzelf en van de ander, de dader. Er is geen sprake van vergeten, maar van een soort genezing van de herinnering, het einde van 't treuren.

De rol die de notie genoegdoening speelt in de bovenbedoelde teksten is veelal niet een zelfstandige rol, maar wel een complementaire, dienstbare of afgeleide. Men richt zich namelijk in beginsel op de gevoelens en het handelen van een 'slachtoffer' ten opzichte van degene die hem onrecht aandeed. De daar tegenover staande reactie van de 'dader' naar het 'slachtoffer' om in het leed tegemoet te komen – waar de term genoegdoening op duidt – is daarbij slechts een afge-

14 Deze terminologie is ontleend aan L. Polak *De zin der vergelding* a.w. deel I p. 105

leid of complementair thema. Genoegdoening kan blijkbaar wel bijdragen aan het 'vervallen' van de behoefte aan wraak of vergelding, of als middel tot verzoening.

De betekenis die aan genoegdoening in deze teksten toekomt zou men kunnen omschrijven als een handeling die is gericht op het wegnemen van datgene wat aan een goede verhouding (betrekking) in de weg staat en daarmee op herstel van die verhouding. Een handeling van de veroorzaker van leed of schade ten opzichte van het 'slachtoffer'. Genoegdoening wordt dan veelal beschouwd als een instrument of een middel om een vorm van vrede, van gerechtigheid, te bereiken: een offer, een zoenoffer of een bepaald lijden. Het begrip genoegdoening impliceert dat een offer of handeling van de dader wordt verwacht, gegrond op het verleden, maar gericht op een toekomst. De vorm waarin de tegemoetkoming wordt gegoten is van belang om als offer of gebaar te kunnen worden aanvaard. De regels en rituelen van de gemeenschap waarbinnen het onrecht plaatsvond vormen daarvoor een belangrijk aanknopingspunt.

De term genoegdoening wordt overigens niet uitsluitend gereserveerd voor de verhouding tussen een 'dader' en een 'slachtoffer', maar soms ook mede gericht op het herstel van de positie van de 'dader' in diens sociale omgeving. In deze zin komt men genoegdoening bijvoorbeeld tegen in de historie van het duelleren. Het duel had oorspronkelijk ten doel om genoegdoening (satisfactie) te verschaffen wegens persoonlijke grieven. Maar de betekenis reikt verder. Zo versterkten littekens die werden overgehouden aan een duel het sociale prestige. Maar ook het gegeven dat in bepaalde kringen het duel deel uitmaakte van de geldende erecode impliceert dat deze vorm van genoegdoening een breder bereik heeft dan dat van de twee duellisten.¹⁵ Men zou dit wellicht kunnen duiden als een symbolische betekenis die in genoegdoening ligt besloten.

Het is duidelijk dat we er met deze eerste stappen niet zijn. Allereerst kunnen we genoegdoening niet zonder meer gelijk stellen met de noties van vergelding, wraak, verzoening en vergeving. Dit geldt zowel voor het gewone spraakgebruik als voor het theologische, het filosofische als het juridische domein. Genoegdoening blijkt immers een notie te zijn die is georiënteerd op een handeling van een 'veroorzaker' in de richting van een 'slachtoffer'. Bij de noties vergelding, wraak en vergeving ligt het uitgangspunt van de 'theorie' in beginsel aan de andere zijde, namelijk bij het 'slachtoffer'. De notie van genoegdoe-

15. Een traditie die bijvoorbeeld heerste onder Duitse studenten in de 19e eeuw.

ning heeft, waar het dit aspect betreft, wellicht iets meer raakvlakken met het begrip verzoening. Maar bij die notie lijkt het element van offeren of tegemoetkomen niet essentieel te zijn. Evenmin kan de notie zonder meer worden gelijkgesteld met schadevergoeding of compensatie. Die concepten zijn in hun kern namelijk gebaseerd op herstel van de oorspronkelijke situatie, terwijl genoegdoening is gericht op herstel van de relatie tussen de betrokkenen.¹⁶

Op basis van het voorafgaande kunnen wel enkele kenmerken worden genoemd, die als wezenlijk met de notie genoegdoening verbonden lijken. Genoe-gdoening veronderstelt een 'relatie' of 'betrekking' tussen twee personen (subjecten of wellicht entiteiten) ofwel zij brengt zo een relatie tot uitdrukking. Genoe-gdoening plaatst – binnen die 'relatie' – de een als actor, als handelend subject in de richting en ten behoeve van een ontvanger. De handeling lijkt onontkoombaar en noodzakelijk voor de verhouding. Genoe-gdoening geven bestaat in enige vorm van tegemoetkoming of 'opoffering' van de actor aan de ander en dat gebaar drukt erkenning uit. Dat gebaar is gericht op herstel van de relatie van de actor met de ontvanger, of van de actor met diens omgeving en niet op herstel van de oude situatie. Het gebaar vereist bovendien een bepaalde vorm, enige symboliek. Een laatste kenmerk waarop reeds hier kan worden gewezen is dat alleen al de term genoegdoening een zekere maat of maatvoering impliceert: zoveel als nodig is, voldoende.

1.2 Oriënterende overwegingen

Genoe-gdoening als 'meer of anders' recht doen?

Uit de genoemde kenmerken van genoegdoening blijkt dat de betekenis zich niet uitstrekt tot alle vormen van 'recht doen' aan slachtoffers. Genoe-gdoening is toegespitst op handelingen van de dader ten opzichte van het slachtoffer, gericht op herstel of behoud van de 'relatie', en kenmerkt zich door een opoffering. Zo bezien vormt genoegdoening een bepaalde vorm van 'recht doen'.

Onder de huidige strafwetgeving, strafrechtspleging en strafrechtelijk beleid wordt op diverse, zowel juridische als niet-juridische, wijzen 'recht gedaan' aan de positie van het slachtoffer. Maar op basis van de genoemde kenmerken kunnen zelfs de recente verbeteringen van de positie van het slachtoffer in het strafproces en de daarin nog lopende

16. Waar herstel van die oorspronkelijk situatie onmogelijk is, zoekt men daarvoor een substituut in een geldbedrag

ontwikkelingen niet zonder meer worden gelijkgesteld met instrumenten om genoegdoening te realiseren. De vraag is zelfs of in die instrumenten wel aspecten van de notie van genoegdoening liggen besloten. Mocht dat niet zo blijken te zijn, dan zou die vaststelling wellicht antwoord kunnen geven op een vraag die in verband met de positie van het slachtoffer tot op heden weinig is gesteld en die zeker geen beantwoording heeft gekregen. Waarom zijn het slachtoffer, de nabestaanden en de 'samenleving', ondanks al deze ontwikkelingen en verbetering van de positie van het slachtoffer in het strafproces, niet tevreden? Er wordt in de beleving onvoldoende 'recht gedaan' aan slachtoffers. Blijkbaar is het (nog) niet genoeg, niet op de goede wijze of niet met de geschikte middelen.

Zou de onvrede verminderen als de positie van het slachtoffer binnen ons strafrechtelijk stelsel verder zou worden uitgebouwd? En zou er een punt van verzadiging, een grens aan die oneindige horizon van verlangen, bestaan?

Ik waag dat te betwijfelen. Vraagt 'recht doen', naast de overigens zeer terechte verbeteringen voor en rondom het slachtoffer, niet om '*meer of anders*'? Is de onvrede, het onbehagen van en rondom het slachtoffer niet juist een uitdrukking van een behoefte die – ondanks alle inspanningen – niet wordt bevredigd: een behoefte aan genoegdoening in de zojuist gekarakteriseerde betekenis? Ontbreekt het bijvoorbeeld aan erkenning of aan symboliek?

De keuze van de Nederlandse Juristenvereniging voor het thema Genoegdoening is met het oog op deze hypothese een schot in de roos. Als het '*meer of anders*' moet dan tot op heden geschiedt, biedt de notie van 'genoegdoening' immers een prachtige ingang en een bijzonder goed aanknopingspunt om dat element van 'recht doen' te onderzoeken.

De te onderzoeken vragen

De belangrijkste vragen over genoegdoening als een van de elementen van 'recht doen' kunnen als volgt worden geformuleerd:

Omvat 'recht doen' genoegdoening? Is genoegdoening een kerntaak van het recht? Kan het strafrecht wel genoegdoening in de betekenis van dit '*meer of anders*' bieden? Bevat ons strafrecht elementen van genoegdoening? Dwingt de huidige maatschappelijke context niet tot een waardering of herwaardering van genoegdoening als te erkennen rechtseis? Zou het strafrecht (meer) elementen van genoegdoening kunnen en moeten bieden? En zo ja, hoe zouden die kunnen worden geoperationaliseerd? Kan het gedachtegoed van het 'resto-

rative justice' worden vereenzelvigd met of bijdragen aan genoegdoening in de bedoelde betekenis?

In meer analytische en theoretische termen kunnen deze vragen worden vertaald en gecompleteerd met de twee hierna volgende vragen: Kan genoegdoening – als behorend tot een niet-juridische categorie – constitutief zijn binnen een juridische, publieke strafrechtelijke context? Is er aanleiding om genoegdoening na een conceptuele vormgeving een plaats toe te kennen in de strafrechtelijke dogmatiek of de strafrechtspleging?

Deze vragen bevestigen niet alleen het maatschappelijk en juridisch belang van het thema, maar ook de actualiteit daarvan.

Deel II De notie 'genoegdoening' in een juridische context

II.1 Inleiding

In het voorafgaande werd al gesteld dat genoegdoening in de strafrechtsliteratuur en rechtspleging van de afgelopen eeuw nauwelijks een rol speelt. Een verklaring daarvoor kan worden gevonden in het feit dat de notie van genoegdoening is georiënteerd op een handeling van een 'veroorzaker' in de richting van een 'slachtoffer', die een erkenning verdient. Vertaald naar een juridische verhouding betreft dat een horizontale rechtsverhouding die een zekere wederkerigheid in zich bergt. Dat type rechtsverhoudingen past onder ons huidig recht naar zijn aard beter in het privaatrecht dan in het publiekrecht. De publiekrechtelijke, strafrechtelijke betrekking is immers veel verticaler en geeft uitdrukking aan een relatie tussen overheid en burger.

Daarmee is evenwel nog niet gezegd dat voor genoegdoening slechts plaats is in een civielrechtelijke context. Er zijn diverse redenen om veel voorzichtiger te zijn met conclusies over de juridische context waarbinnen genoegdoening als concept gedijt of zou kunnen gedijen. Zo moet worden gewezen op de geschiedenis van ons recht, die niet eenvoudig kan worden beschreven in termen van ons huidige onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, noch op basis van zuiver horizontale en verticale rechtsbetrekkingen.¹⁷ Deze achtergrond geeft voldoende aanleiding om onze rechtsgeschiedenis en ons huidige civiele

17. Daarnaast moeten we uitdrukkelijk onderkennen dat de huidige, verticaal georiënteerde strafrechtelijke verhoudingen, behoorlijk aan discussie en verandering onderhevig zijn. Deze discussies en veranderingen komen in deel III aan de orde.

recht te onderzoeken op de vraag of daarbinnen ‘genoegdoeningsaspecten’ een plaats hebben. Daarmee krijgt de notie van genoegdoening een inkleuring die sterker is georiënteerd op een juridisch context.

II.2 Genoegdoening in rechtshistorisch perspectief

Een rechtsverhouding met kenmerken van genoegdoening past naar ons huidige recht in beginsel beter in het privaatrecht dan in het publiekrecht, werd hierboven gesteld. Maar, zoals gezegd, kan de grens tussen privaat- en publiekrecht – ondanks het op het eerste gezicht heldere onderscheid – niet steeds scherp worden getrokken.¹⁸ Dit is niet verwonderlijk omdat het strafrecht en privaatrecht vele gemeenschappelijke wortels hebben. Dit geldt zowel voor de wijze waarop schendingen in het Romeinse recht werden beschouwd en afgehandeld, als voor de wijze waarop in het Germaanse recht op onrecht werd gereageerd. Het kan verhelderend zijn enkele noties uit die geschiedenis van het strafrecht te belichten.¹⁹ Ik beperk me daarbij tot elementen die overeenkomst vertonen met de genoemde synoniemen en verwante termen van genoegdoening en de reeds benoemde kenmerken.

Voor beide rechtstradities geldt dat de reacties op en afhandeling van begaan onrecht niet werden gedomineerd door overheidsoptreden. Er bestonden diverse mogelijkheden om het gebeurde (deels) in het reine te brengen binnen de horizontale betrekking van dader en slachtoffer.

- 18 Zie voor de verschuivingen onder meer A M Hol en C J J M Stolker, *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer 1995. Voor een kritische beschouwing op strafrechtelijke leest gestoeld, Serge Gutwirth en Paul de Hert, ‘Grondslagentheoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht’, in K Boonen, C P M Cleiren e a (red), *De weging van 't Hart, Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, p 121-170.
- 19 Het zou binnen het bestek van dit preadvies te ver voeren om een serieuze historische verkenning te doen naar die rechtstelsels. Ik heb me dus noodzakelijkerwijs moeten verlaten op enkele secundaire bronnen. Daarbij is gebruik gemaakt van J Ph de Monté Verloren, J E Spruit, *Hoofdtlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, Deventer 2000, R Feenstra, *Vergelding en vergoeding*, Rechtshistorische cahiers nr 6, Deventer 2002, J C van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden 1948, Magreet Ahsmann, ‘Van “delictum” tot “delict” De gemeenschappelijke wortels van strafrecht en privaatrecht’ en W J Zwalve, ‘De autonomie van strafrecht en civiel recht’, beide in A M Hol en C J J M Stolker, a w p 11-22 en p. 23-28, M Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel*, diss 2002, Rotterdam, hoofdstuk 3.

In het oudste Romeinse recht behoorden strafbaar feit en onrechtmatige daad tot hetzelfde rechtsgebied. Het recht werd, net als het Germaanse recht, gedomineerd door familiebanden. Het publieke strafrecht bevatte in die tijd slechts enkele delicten. Reacties op begaan onrecht gaan dus in de eerste plaats uit van de getroffene en zijn familie. Het slachtoffer ontleende evenals in het oude Germaanse recht aan het begane onrecht het recht om wraak te nemen (*vindicta*).²⁰ Zo treft men in de wet der XII Tafelen (450 voor Christus) het recht op fysieke wraaknemingen in gevallen van bijvoorbeeld moord en verminking. Dit recht, de *talio*, gaf het recht om de dader een zelfde kwetsing toe te brengen: oog om oog, tand om tand. Maar de dader kon wraak voorkomen. Hij kon het slachtoffer zoengeld aanbieden, bedoeld om de wraak af te kopen: de *compositio*. Men zou hier kunnen spreken van een overeenkomst, een vredesverdrag (*pacisci, pactum*). Op den duur ging de overheid bij sommige delicten over tot het dwingen tot afkoop van de *vindicta*, bij andere nam ze zelf de bestraffing ter hand. De mogelijkheid tot afkoop wordt daarmee in zekere zin gejuridiseerd. Daarmee gaan ook de wegen van privaatrecht en publiekrecht uiteen. Bij de delicten waar de overheid dwong tot afkoop groeide een en ander uiteindelijk uit tot een *obligatio ex delicto*, een wettelijk vastgestelde boete. De private delictsacties zijn niet steeds in de eerste plaats op straf gericht geweest, maar bevatten een strafelement en een schadevergoedingselement. Zij werden in de loop van de ontwikkeling steeds minder opgevat als private straf en meer als schadevergoeding. 'Ten gevolge daarvan kon men er toe komen onder poena te brengen wat wij vergoeding van immateriele schade noemen.'²¹

De Germaanse samenleving kende geen centraal gezag, zodat de rechtshandhaving in andere verbanden was georganiseerd zoals de huisgemeenschap en de stam. Het recht werd, evenals in het Romeinse recht, gedomineerd door familiebanden. Een van de vormen van rechtshandhaving tussen gelijken was de wraak die via het stamding, of tussen leden van verschillende stammen werd afgedaan. In geval van conflicten die aanleiding gaven tot bloedwraak of private wraak heeft het slachtoffer als het ware een recht op een opzettelijke inbreuk op de belangen van de dader. Wraak kon zich realiseren in een eenzijdige handeling van het slachtoffer. Vanuit het slachtoffer (of diens familie) kon echter ook – evenals in het Romeinse recht – de bereidheid worden getoond tot het aangaan van een *compositio*, waarmee het be-

20 Zo gold bijvoorbeeld voor rechtskrenkingen als moord, diefstal en brandstichting het recht op doden of geselen van de dader.

21 Magreet Ahsmann, a w p 16, idem R. Feenstra a w p 11.

gane onrecht kon worden afgekocht. De compositie bestond uit het betalen van zoengeld of weergeld aan het slachtoffer (of diens verwanten) en de fredus, een zoengeld, waarmee de dader zich inkocht in de bescherming (de vrede) van de stam. Het gaat daarbij niet (slechts) om herstel of restitutie, maar om iets extra's. De zoen is gericht op het wegvallen van wraak en van een vete en dus op het voorkomen van punitief handelen. In het Frankische tijdperk is wél sprake van een centralistische machtsuitoefening. Daarbinnen ontstaat de mogelijkheid om het begane onrecht te beschouwen als een inbreuk op de rechtsorde en daarmee als een aantasting van het gezag van de vorst. Zo verschuift strafrechtelijke rechtshandhaving van een horizontale betrekking tussen dader en slachtoffer naar een verticale betrekking tussen dader en vorst.

Op basis van deze afdoeningsvormen uit het oud Germaanse en het oude Romeinse recht kan de notie van genoegdoening meer kleur krijgen. Veel van de bovengenoemde kenmerken van genoegdoening zijn terug te vinden in het Romeinse en Germaanse recht. De kern van de overeenkomst met genoegdoening ligt in de mogelijkheid van de dader om wraak van het slachtoffer af te kopen door het aanbieden van de compositio.²²

Allereerst is er het kenmerk van de 'relatie'. Met het aanbod van het slachtoffer tot afkoop van de wraak en de aanvaarding van de daaruit voortvloeiende verplichting door de dader is er sprake van een erkenning van een 'relatie'. Met die erkenning vervalt vervolgens de eenzijdigheid van de wraak en ontstaat (of herstelt zich) een wederkerigheid in die 'relatie' tussen dader en slachtoffer. Het betreft een horizontale betrekking tussen dader en slachtoffer of dader en gemeenschap. De zoen zelf is een tegemoetkoming, een offer dat de dader aan het slachtoffer (of diens verwanten) brengt. De zoen is niet – in ieder geval beslist niet volledig – gericht op het verleden, maar op de toekomst: het voorkomen van punitief handelen en het behoud van de 'relatie'. In de latere ontwikkelingen is er daarnaast sprake van het element schadevergoeding, zowel voor materieel als voor immaterieel leed. De 'genoegdoeningaspecten' die in de beide rechtssystemen liggen besloten hebben hun vervolg met name gekregen in het privaatrecht en minder in het publiekrecht. Een en ander is zeer begrijpelijk op

22 Indien geen compositio wordt aangegaan, blijft de wraak in stand. In de ontwikkeling van de rechtssystemen wordt de wraak getransformeerd naar het juridisch stelsel de vergelding, waarin de eisen van het recht de vorm en de maat gaan bepalen. Daarbij gaan proportionaliteit en de relatie met de mate van schuld een rol spelen

basis van het horizontale karakter van de ‘betrekking’ waarbinnen genoegdoening een rol speelt. De pendanten van die ‘genoegdoening-aspecten’ zijn dan ook met name terug te vinden in ons civiele recht en niet in ons strafrecht

II 3 Genoegdoening in ons huidige civiele recht

Aan genoegdoening komt – in tegenstelling tot in het strafrecht – in het huidige civiele recht wel een eigen en zelfstandige plaats toe. Het begrip vervult een rol bij diverse aspecten van schadevergoedingsrecht en heel expliciet in de theorie en praktijk van de immateriele schadevergoeding. Uit de parlementaire geschiedenis van ons huidige civiele recht wordt veelal afgeleid dat de functie van vergoeding van immateriele schade kan worden onderscheiden in de compensatiefunctie en de genoegdoeningfunctie.²³ De genoegdoeningsfunctie heeft volgens Verheij specifiek tot doel gehad om bij de vaststelling van smartengeld een basis te hebben voor het meewegen van de schuldgraad van de aansprakelijke en de vermogenstoestand van partijen.²⁴ Genoegdoening is desondanks volgens de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk geen boete of straf. De genoegdoeningfunctie bevredigt het geschokte rechtsgevoel van het slachtoffer door een opoffering van de veroorzaker.

De meeste auteurs beroepen zich op deze parlementaire geschiedenis rondom smartengeld als eerste bron voor hun interpretatie(s).²⁵ Daarnaast wordt veelvuldig naar het Duitse recht verwezen waarin ‘Genugtuung’ ook een van de twee functies van smartengeld vormt.²⁶ Maar, zoals gebruikelijk, zijn er verschillen van mening rondom de interpretatie van het begrip en zijn reikwijdte.²⁷ Ik refereer in het navolgende aan enkele Nederlandse auteurs die zich expliciet over genoegdoening hebben uitgelaten en benut de door Lindenbergh, op basis van de literatuur, onderscheiden betekenissen van genoegdoening.²⁸ In de eerste plaats ‘de maatregel als zodanig’, hetgeen duidt op schadeloosstelling in de zin van een tegemoetkoming, als blijk van erkenning door het

23 Zie hiervoor de Toelichting Meijers, PG boek 6, p. 371 e.v., S.D. Lindenbergh *Smartengeld* diss. Leiden 1998, p. 7, A.J. Verheij *Vergoeding van immateriele schade wegens aantasting in de persoon*, diss. Amsterdam 2002, hoofdstuk VIII. Op dezelfde wijze vindt men genoegdoening terug in het Duitse recht. Zie hierover uitgebreid A.J. Verheij, a.w. hoofdstuk VIII, 2.1 en 2.2.

24 A.J. Verheij, a.w. Conclusie hoofdstuk VIII.

25 Zie hiervoor de Toelichting Meijers, PG boek 6.

26 Zie voor de meest relevante verwijzingen A.J. Verheij, a.w. hoofdstuk VIII, Duitsland.

27 S.D. Lindenbergh, a.w. hoofdstuk 3, 2.5.3, A.J. Verheij, a.w. hoofdstuk VIII, 2.2.

28 S.D. Lindenbergh, a.w. hoofdstuk 2, 5.3.

recht van de waarde van het geschonden belang in het algemeen. In de tweede plaats behelst genoegdoening 'genoegdoening aan de benadeelde'. Het gaat om 'genoeg doen' om de benadeelde schadeloos te stellen. Veelal wordt hierbij de vraag naar de mate van schuld en de economische positie van de laedens betrokken. Zo is Verheij op grond van overwegingen uit de parlementaire geschiedenis van mening dat de schuld van de veroorzaker van de schade, de aard van de aan hem verweten gedraging en de economische omstandigheden van beide partijen een rol spelen bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld.²⁹ In de derde plaats wordt genoegdoening gebruikt in de betekenis van 'genoeg doen door de laedens'. Hier verwijst Lindenbergh naar de meer bijbelse betekenis van 'boetedoening' of opoffering. Eykman legt op dit aspect sterk de nadruk waar hij stelt dat het genoegdoeningsprincipe (zoals hij het noemt) een zoenoffer verlangt. Hij benoemt twee kenmerkende elementen van het zoenoffer. Het eerste is dat de dader het offer uit eigen zak moet halen. Als tweede wijst hij op het element van de dramaturgie. 'De symboolwerking van het smartengeld is aan de orde (hetgeen geenszins behoeft te betekenen, dat het om een gering bedrag moet gaan). Symboliek vereist een strakke vormgeving, de vorm bepaalt mede de effectiviteit ervan'.³⁰ Als vierde noemt Lindenbergh het tamelijk ongedifferentieerde gebruik van genoegdoening waarin diverse facetten liggen besloten. Hij noemt daarbij ook 'genoegdoening aan de maatschappij' en 'preventie'. Een deel van de genoegdoeningfunctie zou erin kunnen bestaan dat het gekrenkte (geschokte) rechtsgevoel kan worden bevredigd. In deze betekenis begrijpt bijvoorbeeld Van Dam – anders dan Lindenbergh en Verheij – onder genoegdoening niet alleen het rechtsgevoel van de benadeelde, maar ook het aspect van het geschonden rechtsgevoel van de maatschappij.³¹ In de theorie leidt dit tot discussie of dit aspect van de genoegdoeningfunctie een zelfstandige functie vormt, dan wel een aparte immateriële schadepost (geschokt rechtsgevoel).

Zowel in het Nederlandse als in het Duitse civiele recht is genoegdoening erkend. Genoegdoening kan worden gekarakteriseerd als uitdrukking van een persoonlijke betrekking tussen dader en slachtoffer.³² De grondgedachte is dat door de schadeveroorzakende gebeurtenis een onevenwichtige relatie (betrekking) tussen aansprakelijke en

29 A. J. Verheij, a.w. hoofdstuk VIII, 2.1.2.

30 L. G. Eykman, 'Smart en geld', *WPNR* 5572 (1981), p. 461-465.

31 C. C. van Dam, 'Smartengeld in Europees perspectief: het verdriet van Europa', in *Tijdschrift voor consumentenrecht* 1991, p. 92-107.

32 Zie A. J. Verheij, a.w. hoofdstuk VIII, 2.1 en 2.2.

benadeelde is ontstaan. De genoegdoeningsfunctie is gerelateerd aan het opheffen van die onevenwichtigheid.

Vanzelfsprekend is in het civiele recht de vraag aan de orde geweest op welke wijze de onevenwichtigheid in de relatie kan worden hersteld. Men heeft zich gerealiseerd dat het nadeel zich niet in geld laat meten en dat iedere benadeelde letsel en leed anders ervaart. Desondanks is vrij algemeen aanvaard dat een vergoeding in geld, de toekenning van smartengeld, de onevenwichtigheid in de relatie kan opheffen.³³ Eenmaal die stap gezet, is het niet verbazingwekkend om te constateren dat aan genoegdoening in het civiele recht nauwelijks meer een zelfstandige rol toekomt. Het tegemoetkomen aan de genoegdoeningsfunctie door middel van een geldbedrag creëert immers de mogelijkheid om de genoegdoeningshandeling los te koppelen van de aansprakelijke persoon. Zo kan de rol van de aansprakelijke bijvoorbeeld worden ingenomen door een verzekeringsmaatschappij. Er is dan geen sprake meer van een directe relatie tussen aansprakelijke en benadeelde, zodat afbreuk wordt gedaan aan het (persoonlijke) karakter van de genoegdoening. De genoegdoeningfunctie speelt volgens de heersende mening in de literatuur dan ook nauwelijks meer een rol als gevolg van de opkomst van aansprakelijkheidsverzekeringen.

Lindenbergh concludeert overigens ook op een andere grond dat de genoegdoeningfunctie nauwelijks een zelfstandige rol toekomt. Hij stelt dat genoegdoening eerder een bepaalde 'lading' van het smartengeld vormt, de symbolische waarde, de erkenning. En dat aspect wordt reeds door de vlag van de compensatiegedachte gedekt.

II.4 Kenmerken en karakteristieken van genoegdoening in een juridisch georiënteerde context

Op basis van en geïnspireerd door het voorafgaande kunnen we de notie genoegdoening nader invulling proberen te geven. De te onderscheiden kenmerken en karakteristieken worden ondergebracht in vier hoofdgroepen zodat een en ander overzichtelijk blijft en een vergelijking met het strafrecht mogelijk wordt. Om de notie genoegdoening scherp in beeld te krijgen worden de kenmerken hier zo veel als mogelijk uiteengehaald. Tegelijkertijd moeten zij voortdurend in onderlinge samenhang en afhankelijkheid worden gelezen en begrepen. De beschrijving, waarin alle te onderscheiden kenmerken van genoegdoening als cumulatieve voorwaarden worden beschouwd, levert daarmee een ideaaltypisch beeld op van genoegdoening.

³³ Men heeft daarvoor enkele criteria en een zekere schaal ontwikkeld. Zie hierover S. D. Lindenbergh a.w. hoofdstuk 7.

a. Constitutieve omstandigheden en voorwaarden voor genoegdoening

Om genoegdoening tot stand te kunnen brengen zal er sprake moeten zijn van een aantal omstandigheden en voorwaarden die de betrokkenen en hun relatie betreffen.

- Er zal sprake moeten zijn van een zekere ‘relatie’ of ‘betrekking’ tussen degene die genoegdoening gaat bieden en degene die ‘recht’ heeft op genoegdoening of anderszins genoegdoening ‘verdient’: de genoegdoeningsrelatie. Het is mogelijk dat de voor genoegdoening vereiste ‘relatie’ pas ontstaat door het onrecht zelf.
- De actor is degene die het onrecht heeft gepleegd, de gekrenkte is degene die als slachtoffer van het onrecht kan worden aangeduid. Veelal wordt dat gedacht als een persoon, maar het is niet uitgesloten ook een entiteit, een groep of zelfs de samenleving als de gekrenkte te beschouwen.
- De aard van de ‘relatie’ of ‘betrekking’ tussen actor en gekrenkte is niet noodzakelijkerwijs een rechtsbetrekking. In veel gevallen zal er een ‘relatie’ tussen de betrokkenen hebben bestaan voorafgaand aan het onrecht en is het evenwicht daarbinnen door het onrecht verstoord. Zo een relatie bestaat bijvoorbeeld binnen ons juridisch staatsmodel reeds in het gegeven dat alle burgers als rechtssubjecten in een ‘relatie’ ten overstaan van elkaar kunnen worden geduid. Buiten deze juridische categorie kan worden gedacht aan bijvoorbeeld een vertrouwensrelatie, een vriendschapsband, een burenelatie en aan diverse sociale relaties die zich kenmerken door eer- en gedragscodes. Ook – en misschien wel juist – een verstoord evenwicht in dit type relaties kan vragen om genoegdoening. Daarnaast zal het – buiten de onvervreembare juridische kaders gedacht – vaak voorkomen dat de voor genoegdoening vereiste ‘relatie’ pas ontstaat door het onrecht zelf.
- Genoegdoening wordt geboden door degene die het onrecht heeft gepleegd of veroorzaakt. Hij is de actor ten behoeve van de *ontvangende ander*, de gekrenkte.
- Genoegdoening veronderstelt *erkenning van de ‘relatie’ of ‘betrekking’* tussen de actor en de gekrenkte. Die erkenning ligt besloten in de tegemoetkoming, het gebaar, het offer. Door en met die tegemoetkoming erkent de actor namelijk het bestaan van een schuld-, aansprakelijkheids-, of verantwoordelijkheids‘ relatie’ met de gekrenkte op grond van het voorafgegane onrecht.
- Omdat genoegdoening bieden erkenning veronderstelt, wordt de bedoelde ‘relatie’ niet gekenmerkt door een hiërarchisch of bevels-

karakter. De relatie heeft daardoor eerder een horizontaal dan een verticaal karakter.

- De actor creëert of herstelt met de tegemoetkoming een zekere *wederkerigheid in de 'relatie'*, ofwel hij bevestigt een daarin besloten wederkerigheid.

b. Functie en doel van genoegdoening

- Het *doel* van genoegdoening geven is gelegen in het tegemoet komen aan de gekrenkte of geschokte gevoelens, in het tevreden stellen van de gekrenkte. Er is iets 'genomen' of 'aangetast' waardoor een tekort is ontstaan of een evenwicht is verstoord. Het tekort moet worden vereffend.
- De grond voor genoegdoening ligt in het verleden, in het onrecht. Het doel van genoegdoening ligt in de *toekomst*. Met de genoegdoening wordt het verstoorde evenwicht in de 'relatie' (of een dimensie daarvan) met de gekrenkte persoon of entiteit in zekere zin hersteld.
- Het geven of bieden van genoegdoening kan men aanduiden als een *functie*. Het is een activiteit die erop is gericht om genoegdoening – als een resultaat – te realiseren. Deze activiteit zou ook kunnen worden aangeduid als een tegemoetkomen, een gebaar of een offer.
- Een *latent of een verder liggend doel* van genoegdoening kan liggen in het bereiken van verzoening, maar ook in het tenietdoen of reduceren van wraakgevoelens en het voorkomen van vergelding, in het bijzonder van een disproportionele, onmatige, vergelding: de wraak. Angst voor repercussies kan dus aanleiding vormen voor genoegdoening.

c. De grond voor genoegdoening

- Genuegdooening vindt zijn *grond in het verleden, in het voorafge-gane 'onrecht'*.
- Het wezenlijke van genoegdoening is dat het niet gaat om een te-kort dat kan worden herleid tot zuiver materiële schade, maar in het bijzonder om vormen van immateriële schade: miskennisng, aantasting van eer, vernedering, verdriet, verlies van zekerheid, vertrouwen of geluk. De *aard van het onrecht* dat om genoegdoe-ning vraagt kan dus worden geformuleerd als: een geschokt of ge-krenkt (rechts)gevoel. Dit impliceert dat er niet per se sprake hoeft te zijn van 'onrecht' dat juridisch als onrecht wordt erkend (zoals een strafbaar feit of onrechtmatige daad). Ook andere vormen van onrecht kunnen immers 'schade' opleveren die in een juridische

context om een tegemoetkoming vragen. Men zou hierbij kunnen denken aan omstandigheden waaronder een delict tot stand kwam, terwijl die omstandigheden op zichzelf geen erkende juridisch relevante omstandigheden opleveren, bijvoorbeeld aan een specifieke band tussen dader en slachtoffer, zoals een familie- of vriendschapsband. De aard van het onrecht is onbepaald, maar het gebeuren moet in ieder geval als onrecht gelden binnen het sociale verband of de kring waar het zich heeft afgespeeld.

- Er is sprake van een schuld-, aansprakelijkheids- of verantwoordelijkheidsrelatie van de dader met de gekrenkte op grond van het voorafgegane onrecht.
- Genoegdoening is noodzakelijk om de relatie te herstellen en binnen de context van die relatie niet vrijblijvend. Het is een verplichting.
- Niet alle vormen van onrecht geven aanleiding tot een behoefte aan of wenselijkheid of noodzaak van genoegdoening. Zo zal onrecht zonder aanwijsbaar slachtoffer – zowel in de betekenis van een persoon als een entiteit – niet altijd de behoefte aan genoegdoening oproepen.

d De middelen

- Genoegdoening kan op heel diverse manieren worden gerealiseerd. Er valt immers niet in abstracto te bepalen welk middel geschikt is om gekwetst of geschokt (rechts)gevoel te vereffenen. De aard van genoegdoeningsmiddelen ligt dan ook niet vast. Geld, berouw, een cadeau, een bekentenis, etc, mits afkomstig van de ‘schender’ komen in aanmerking. Wél moet het middel de kwalificatie ‘tegemoetkoming’, gebaar of ‘offer’ verdienen. Die eis impliceert bijna noodzakelijkerwijs dat het gebaar van de schender persoonlijk moet uitgaan. Zo zal de essentie van genoegdoening zijn aangetast of zelfs ontbreken in geval van ‘betaling’ door een verzekering.
- Genoegdoening geven impliceert een zekere maat of maatvoering zoveel als nodig is, voldoende. Genoegdoening kan worden gerealiseerd door een op het gekwetste (rechts)gevoel afgestemde tegemoetkoming. Er is dus geen vereiste van (volledig) herstel in de oorspronkelijke situatie en ook geen dwingende relatie met de mate van schuld van de schender. Dit brengt mee dat er niet sprake hoeft te zijn van een ruilrechtvaardigheid. De maat kan in beginsel slechts worden bepaald op basis van het gevoelen van het slachtoffer, maar niet zonder afstemming op de normen van de

sociale context waartoe zowel dader als slachtoffer (in hun betrokkenheid bij het onrecht) behoren.

- Genoegdoening bieden vereist een bepaalde *vorm*, een symbolische vorm die aansluit op het karakter van het geschokte of gekrenkte gevoel. Zo kan er bijvoorbeeld sprake zijn van een ritueel, een zekere dramatiek, een besloten of juist een openbaar karakter.

Deel III Genoegdoening in een strafrechtelijke context

III.1 Inleiding

In deel II werd reeds geconcludeerd dat het type rechtsverhouding waarbinnen genoegdoening tot zijn recht kan komen in ons huidige rechtstelsel beter past in het privaatrecht dan in het publiekrecht. De nadere invulling van de notie genoegdoening brengt geen verandering in die conclusie. Genoegdoening zal in zijn ideaaltypische vorm niet in ons strafrechtelijk stelsel zijn terug te vinden. De meest cruciale belemmering daarvoor ligt in de randvoorwaarden van ons strafrechtelijk model, dat wil zeggen in het feit dat ons strafrechtelijk stelsel de constitutieve omstandigheden en voorwaarden voor genoegdoening, zoals hiervoor benoemd in de eerste hoofdgroep van kenmerken (a.), niet biedt of garandeert.

Een bespreking van dat kader in het perspectief van de genoemde kenmerken van genoegdoening zal een en ander moeten verhelderen. In paragraaf III.2 zullen daarom de constitutieve omstandigheden en voorwaarden voor genoegdoening in ons strafrechtelijk kader nader worden besproken. Deze uitweiding is essentieel om in het laatste hoofdstuk te bezien of er – binnen en ondanks de beperkingen van ons strafrechtelijk stelsel ‘*meer en anders*’ recht kan worden gedaan aan de behoeften van het slachtoffer. Vervolgens is het goed aandacht te besteden aan het feit dat, ondanks de zojuist geformuleerde conclusies, diverse van de onderscheiden elementen van genoegdoening wél in ons strafrechtelijk stelsel liggen besloten of tot hun recht kunnen komen. Het strafrecht is niet blind voor de behoefte aan genoegdoening, voor de belangen van slachtoffers. Maar juist omdat die belangen niet als hoogste prioriteit gelden, komen de genoegdoeningsaspecten niet direct in beeld. De bedoelde elementen zullen worden besproken volgens de indeling van de hoofdgroepen. Daarbij komen zowel enkele fundamentele en theoretische aspecten van straf- en strafrechtstheorieën, alsmede meer concrete elementen uit het materiële strafrecht als uit het strafprocesrecht aan de orde.

III.2 Constitutieve voorwaarden en omstandigheden voor genoegdoening in ons strafrechtelijk stelsel

III.2.1 Strafrecht is publiekrecht

De rol van het strafrecht wordt traditioneel dominant beschreven in termen die de rol van de overheid als handhaver en haar repressieve rol ten opzichte van de schuldige moeten legitimeren: strafrecht als publiek recht. Die kwalificatie impliceert dat het strafrecht met name een functie heeft in de relatie overheid-verdachte/dader en overheid-burger, een implicatie die niet eenvoudig spoort met het eerstgenoemde kenmerk van een 'relatie' tussen twee personen. De 'genoegdoeningsrelatie' blijkt immers een horizontale 'relatie' te veronderstellen en niet een verticale, van overheid naar burger of omgekeerd.

Bovendien is binnen ons strafrechtelijk stelsel de overheid de actor die repressief re-ageert in de richting van de dader. Dit uitgangspunt komt in het bijzonder tot uitdrukking in het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie. De veroorzaker van het 'aangedane onrecht', de dader, is dus niet de actor zoals in de notie van genoegdoening bedoeld.

Het publieke karakter van het strafrecht ligt stevig verankerd in ons strafrechtelijk stelsel en heeft zijn sporen in de theoretische onderbouwing daarvan nagelaten. Doelen en functies van het strafrecht en van het straffen worden in de *strafrechtstheorieën* dan ook veelal geconceptualiseerd en beschreven vanuit de rol die de overheid ten opzichte van een dader zouden kunnen of moeten spelen.³⁴ Dit geldt bijvoorbeeld voor het concept van de vergelding, de speciale preventie, resocialisatie, etc. Daarnaast worden doelen en functies geïdentificeerd en beschreven vanuit de rol die het strafrecht ten behoeve van de samenleving kan, mag en moet spelen. Hierbij kan men denken aan generale preventie en aan normstelling en -bevestiging. De strafrechtstheorieën zijn dus georiënteerd op de vraag naar de rechtvaardiging van het bestraffend optreden van overheid of slachtoffer ten opzichte van de dader. De notie van genoegdoening start vanuit een tegenovergestelde positie, namelijk vanuit de dader in de richting van het slachtoffer of de samenleving. Dit verschil in oriëntatie zou men ook kunnen aanduiden met een top down benadering van straf-

34. Zie hierover de auteurs in de bundel *Slachtoffers van delicten*, Congres Nijmegen 1971, Antos, 1971 en M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding*, diss. 1985, Leiden, hoofdstuk 5.2. en de aldaar aangehaalde literatuur.

recht en strafrechtstheorieën en een bottom up benadering van genoegdoening³⁵ Precies dit verschil in orientatie kan verklaren dat het begrip genoegdoening in de strafrechtstheorieën van de afgelopen eeuw niet of nauwelijks een zelfstandige rol speelt

Wil men in het strafrecht toch spreken en denken over genoegdoening dan impliceert dat een ander vertrekpunt, namelijk die van de rol die de dader ten opzichte van slachtoffer(s) en of samenleving zou moeten spelen Op basis van deze karakteristiek heeft het begrip genoegdoening raakvlakken met noties als compensatie, schadevergoeding en herstel (in de oude situatie), die hun vertrekpunt ook vinden in een activiteit van een 'dader' ten opzichte van slachtoffer(s) Het valt dan ook niet uit te sluiten dat elementen van genoegdoening wél liggen besloten in de *straftheorieën* Die oriënteren zich immers mede op de vraag naar de rechtvaardiging van een verplichting voor de dader ten opzichte van de overheid of het slachtoffer een tegemoetkoming, een 'opoffering' van de dader Niet alleen genoegdoening als grond voor bestraffing en als doel van bestraffing, maar ook genoegdoening als maatregel of als voorwaarde toegevoegd aan een strafrechtelijke beslissing komen wellicht in aanmerking

III 2 2 Wederkerigheid in de (rechts)betrekking?

Inleiding

Bij de genoemde constitutieve omstandigheden en voorwaarden voor genoegdoening is sprake van een samenstel van elementen waarin de begrippen 'relatie', wederkerigheid, erkenning en horizontaliteit essentieel zijn Bovendien werd duidelijk dat de notie genoegdoening niet vereist dat de 'relatie' een rechtsbetrekking is Deze noties benadrukken aan de ene kant de overeenkomsten met het recht, maar anderzijds lijken zij daarvan te zijn onderscheiden Die positie vraagt om een uiteenzetting over de betekenis van wederkerigheid en een toespitsing daarvan op het strafrecht en de plaats van genoegdoening daarin

Het wederkerigheidsbeginsel

Het wederkerigheidsbeginsel is een uiterst complex beginsel Gedacht vanuit juridische kaders denkt men al snel aan het principe van

³⁵ Lode Walgrave gebruikt deze aanduiding om het principiële onderscheid tussen strafrecht en herstelrecht uit te drukken L Walgrave, 'Op zoek naar een normatief kader voor een herstelrechtelijk rechtsmodel' in *Herstelrecht tussen toekomst en verleden* a w p 593

‘voor wat hoort wat’, de notie van ruilrechtvaardigheid en retributieve rechtvaardigheid en aan het gelijkheidsbeginsel. Deze associatie is niet onbelangrijk. Zij doet ons realiseren dat het denken over wederkerigheid en wederkerigheidsbeginsel zijn fundamenten vindt in het werk van Aristoteles en nauw samenhangt met zijn notie van rechtvaardigheid en de daarin aangebrachte onderscheidingen van verdelende rechtvaardigheid, vereffende rechtvaardigheid en ruilrechtvaardigheid.³⁶

Hoewel mag worden verondersteld dat het beginsel een belangrijke rol speelt in het juridisch denken, zijn er in Nederland relatief weinig juridische of rechtstheoretische publicaties over de grondslagen, de betekenis en de reikwijdte van dit beginsel te vinden.³⁷ In 1994 verscheen evenwel van de hand van Salet een rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid dat vele goede aanknopingspunten biedt voor dit onderzoek.³⁸ En ook de in 1999 verschenen dissertatie van Pessers voorziet op een zeer eigen wijze in die leemte.³⁹ Beide werken zijn gebaseerd op een brede (rechts)filosofische en (rechts)theoretische studie, waarin onder meer het werk van Paul Ricoeur, Hannah Arendt, Claude Lévi-Strauss, Fuller en Mauss over vormen van wederkerigheid en giftethiek zijn verwerkt.⁴⁰

Wederkerigheidsrelaties

Karakteristiek voor wederkerigheidsrelaties is dat zij afhankelijk zijn van een proces van herkenning van het eigene (in de ander) en erkenning van de ander. Dat proces kan slechts plaatsvinden binnen

36 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, (vert Thuys), Antwerpen 1954

37 Wel wordt aandacht besteed aan het wederkerigheidsbeginsel in de civielrechtelijke dissertaties van J H Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss Leiden 1979 en van B Nieskens-Ishording, *Het fait accompli in het vermogensrecht Een (rechts)vergelijkend onderzoek naar een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen*, diss Deventer, 1991

38 W G M Salet, *Om recht en staat Een sociologische verkenning van sociale, politieke en rechtsbetrekkingen*, WRR, V83, 1994

39 D W J M Pessers, *Liefde, solidariteit en recht Een interdisciplinair onderzoek naar het wederkerigheidsbeginsel*, diss UvA 1999

40 Ik volsta hier – met het oog op eventuele raadpleging door juristen – met verwijzingen naar de samenvattende en interpreterende teksten van Salet en Pessers, waarin naar diverse relevante auteurs op dit gebied wordt verwezen. Daarmee is niet gezegd dat de werken van de genoemde auteurs geen zelfstandige bestudering verdienen. Integendeel. Lectuur van die werken biedt een brede orientatie of de filosofische, sociologisch/antropologische en politieke context waarin de notie van wederkerigheid en de ethiek van de gift een rol spelen

een symbolische orde.⁴¹ Binnen verwantschapsgroepen bestaat normaal gesproken wederkerigheid tussen de leden, bemiddeld door een symbolische orde in de zin van een gemeenschappelijk betekenisstelsel. Indien de voor wederkerigheid vereiste herkenning op dit sociale niveau niet mogelijk is, kan ook geen erkenning plaats vinden. Het recht heeft dan een onmisbare betekenis. Het vormt een andere (partiële) symbolische orde, een instantie die tussen 'vreemden' kan bemiddelen. De affectieve en sociale wederkerigheid wordt door het recht – als bemiddelende instantie – getransformeerd in een rationele, formele wederkerigheid tussen rechtssubjecten. Deze wederkerigheid kan conceptueel dus worden onderscheiden van andere vormen van wederkerigheid, die worden herkend en erkend in de relatie tussen leden van een affectieve, familiale, of andere sociale gemeenschap, bemiddeld door een symbolische orde in de zin van een gemeenschappelijk betekenisstelsel.

Het begrip wederkerigheid

Wederkerigheid kan zowel in een beperkte als in een brede betekenis worden geïnterpreteerd. Pessers spreekt van reciprociteit en mutualiteit. Salet duidt het wederkerigheidsbeginsel eveneens aan als reciprociteit en wel in de betekenis van 'wederkerige betrokkenheid van verantwoordelijke subjecten'. Hij onderscheidt niet zoals Pessers mutualiteit en reciprociteit, maar formuleert twee daarmee sterk overeenkomende vormen van reciprociteit: een sociaal-economische ruilreciprociteit en een intersubjectieve, morele, normatieve reciprociteit. In het navolgende wordt gebruik gemaakt van de terminologie van Pessers. De beide betekenissen van wederkerigheid zijn van belang voor een goed inzicht in de notie van genoegdoening binnen een juridisch kader.

Mutualiteit

Mutualiteit – de beperkte betekenis van wederkerigheid – duidt op 'het tegelijk, aan weerskanten oversteken', op wederzijdsheid. Binnen juridische kaders duidt men deze betekenis wel aan als ruilrechtvaardigheid, in de zin van 'voor wat hoort wat'. Aristoteles onderkende reeds

41. Het begrip symbolische orde wordt in de juridisch literatuur niet veel gebruikt en verdient daarom eigenlijk een nadere uitwerking. Het zou echter het doel van dit preadvies ver te buiten gaan om dit omvattende en complexe begrip nader toe te lichten. Het begrip speelt onder meer een rol in de psychoanalyse, de antropologie, de sociologie, de hermeneutiek en de semiotiek. In deze tekst wordt het begrip gebruikt om die verbanden aan te geven waarin sprake is van niet vrijblijvende gemeenschappelijke (wereld)beelden, collectieve duiding en het collectief afstemmen van verwachtingen en handelingen op elkaar.

het bestaan van deze vorm van rechtvaardigheid Deze ziet volgens hem toe op de wederkerigheid, die de polis bijeen moet houden door ruilverkeer Deze wederkerigheid kan niet worden uitgedrukt in termen van gelijkheid, zodat de prestaties ten opzichte van elkaar op een andere wijze onder een gemeenschappelijke noemer moeten worden gebracht Deze noemer is het geld Ruilrechtvaardigheid is in zijn ogen dan ook niet meer dan een economisch bemiddelde rechtvaardigheid en bevat geen aspecten van de morele deugd

Reciprociteit

Reciprociteit, de bredere betekenis van wederkerigheid, ligt ten grondslag aan mechanismen van sociale ordening Pessers spreekt in dit verband van een mechanisme van solidariteit, een noodzakelijke bestaanswijze, een psychologisch en sociaal structuurbeginsel Reciprociteit omvat verhoudingen waarin wordt gehandeld of plichten worden nagekomen, terwijl er geen begunstigen zijn die een recht kunnen doen gelden of een tegenprestatie leveren altruïsme uit moreel plichtsbewustzijn Reciprociteit zou men kunnen omschrijven als ‘een circulaire beweging van heen en wederkeren’ Wederkerigheid in deze betekenis betreft dus persoonlijke verhoudingen, maar is daarmee nog niet onverplichtend Reciprociteit betekent dat subjecten zich aan elkaar gehouden weten Zij nemen ten opzichte van elkaar een ‘code’ in acht die meebrengt dat men over en weer verwachtingen heeft en behoort na te leven De basis van die plicht kan – volgens Ricoeur – worden verklaard uit de economie van de gift, die verplicht tot ‘geven’ omdat aan mij is gegeven Deze plichtethiek heeft haar religieuze oorsprong in het ‘gegeven zijn van de wereld’, waarin de gedachte centraal staat dat het leven en de wereld verplicht tot ontvangen en doorgeven Pessers beschrijft de gift in aansluiting daarop als een prototype van wederkerigheid wederkerigheid met een persoonlijk, maar ook een verplichtend karakter

Ook Salet geeft een uitvoerige beschrijving van de wijze waarop diverse auteurs de reciprociteit als morele verplichting funderen⁴² Hij vat een en ander samen door een paar eigenschappen van reciprociteit te benoemen vrijwillige deelname (gebaseerd op vrijwillig ‘lidmaatschap’ van de morele code), een impliciete of expliciete onderlinge verstandhouding, een vorm van gelijkwaardigheid tussen partijen (in de vorm van – ondanks verschillen – gelijkelijk gewaardeerd) en onomkeerbaarheid Morele verplichtingen zijn bovendien niet beperkt

42 W G M Salet, a w par 3 2 1

tot groepen, maar zij bestaan ook tussen organisaties en over en weer jegens de staat.

Reciprociteit sluit aan op hetgeen Aristoteles benoemt als vereffennende rechtvaardigheid.⁴³ Daarbij gaat het niet om de verdeling van maatschappelijke goederen, maar om herstel van het verbroken evenwicht tussen partijen. Deze vorm van rechtvaardigheid ziet dus uitsluitend op de partijen. De verplichting om de ontstane ongelijkheid te vereffenen veronderstelt niet alleen schade, maar ook onrechtvaardigheid, onrecht. Aristoteles' notie van vereffennende rechtvaardigheid is onbepaald in die zin, dat niet vaststaat wat onrechtvaardig is.

Wederkerigheid in het recht

Zoals gezegd vormt het recht een (partiële) symbolische orde, een instantie die tussen 'vreemden' kan bemiddelen.⁴⁴ De ordening van de samenleving door middel van het recht is geen vrijblijvende zaak. Men kan eerder spreken van een taak of opgave. Binnen een democratische rechtsstaat vormen een politieke en juridische structuur namelijk enerzijds een voorwaarde voor de vrijheid van de burger, anderzijds de grondslag voor machtsuitoefening door overheidsorganen. Het recht maakt daarmee deel uit van een structuur die kunstmatig door de mens tot stand wordt gebracht. Een van de instrumenten daartoe is wetgeving. Dankzij een democratisch wetgevingsproces wordt gemeenschappelijke aanvaarding van de normen verondersteld. De ruimte van het recht die daarmee ontstaat, bestaat zodoende uit een geheel van waarden, normen, procedures, begrippen en beginselen die een gemeenschappelijke referentiekader en een gemeenschappelijke taal opleveren: de symbolische orde van het recht. De taal en de begrippen waarmee de ordening is vormgegeven vormen dus een uitdrukking van gemeenschappelijkheid, zij worden geacht door een ieder te zijn aanvaard. In deze zin biedt het recht een openbare en kenbare geconstrueerde ruimte met een zeker gezag en waardigheid. En ondanks die openheid is het een besloten ruimte, in die zin dat de mogelijkheid om daar een rol te vervullen wordt bepaald door de gemeenschappelijkheid van de taal en begrippen, normen, waarden en kenbare regels. Deze ruimte van het recht biedt daarmee de mogelijkheid om over een maatschappelijk geschil te

43 Zie voor een beknopt doch helder overzicht A M Hol, *Gewogen recht Billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad*, diss Leiden 1993, Kluwer 1993

44 Een deel van deze tekst is letterlijk overgenomen uit deel V van mijn Leidse oratie, *Geding buiten geding Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation*, Kluwer 2001

communiceren en debatteren, maar dan wel geabstraheerd van de alledaagse werkelijkheid. De relatie tussen overheid en burger wordt binnen die ruimte geconstrueerd als een rechtsbetrekking. De juridische vrijheid van het individu wordt daarbij gegarandeerd door de kunstmatige notie van rechtssubjectiviteit. Rechtssubjectiviteit in de hier bedoelde betekenis is een juridische categorie die het eigen domein van de persoon, zijn intimiteit, ontoegankelijk maakt voor het recht. Het recht garandeert dat de overheid een zekere afstand bewaart en het individu zijn eigen domein laat.

De rationele wederkerigheid van het recht is die van de mutualiteit. Maar ook in het recht, en zelfs op het niveau van het positieve recht, behoren beide vormen van wederkerigheid – reciprociteit en mutualiteit – een plaats te hebben. Een rechtsgemeenschap kan namelijk slechts maximaal wederkerig functioneren als binnen de symbolische orde van het recht niet slechts de gemeenschappelijke rechtssubjectiviteit functioneert, maar ook vormen van wederkerigheid uit andere symbolische ordes functioneren. Zij beïnvloeden elkaar, maar zijn daarmee ook deels van elkaar afhankelijk. De affectieve en sociale wederkerigheid wordt door het recht – als bemiddelende instantie – immers (deels) getransformeerd in een rationele, formele wederkerigheid tussen rechtssubjecten. Tegelijkertijd zal duidelijk zijn dat volledige inbedding van reciprociteitsrelaties in het recht niet haalbaar is en zelfs ook niet wenselijk.⁴⁵

Zowel Pessers als Salet maken zichtbaar dat er sprake kan zijn van een discrepantie tussen de rationele, formele door de symbolische orde van het recht bemiddelde wederkerigheid en de morele normatieve reciprociteit, de ethische verplichting. Niet alle conflicten zijn immers uit te drukken in rechten, plichten en procedures. Dientengevolge bestaat de mogelijkheid dat wederkerigheid in de betekenis van reciprociteit, van moraal, niet of niet volledig kan worden geïncorporeerd in het formeel juridisch kader. Pessers duidt dit aan als een ‘morele reductie’.

De discrepantie zal zich in het bijzonder doen gevoelen in een sterk heterogene samenleving, gekenmerkt door zeer dynamische complexe maatschappelijke omstandigheden.

De rol van de staat bij wederkerighedsrelaties

De democratische staat heeft niet alleen belang bij het bestaan van wederkerighedsrelaties. Zij is er enerzijds van afhankelijk, anderzijds zal zij wederkerigheid moeten bevorderen. De democratische staat

45 Op dit aspect wordt in deel IV nader ingegaan.

heeft namelijk de opdracht om het onverenigbare te verenigen. Zij moet principiële duurzame wederkerigheidsbetrekkingen in het leven roepen en ook zichzelf daaraan binden. Niet alleen de formele, maar ook de morele reciprociteit, de moraliteit als ethische verplichting behoort door de staat te worden bevorderd. Juist waar de samenleving veel en gedifferentieerde symbolische ordes in zich bergt is het belang van de bemiddelende functie van de staat groter.⁴⁶

In aansluiting op de rol van de staat trekt Salet de conclusie dat wederkerigheid niet alleen tot stand komt in directe betrekkingen tussen subjecten, maar ook indirect, zoals bijvoorbeeld in de betrekkingen tussen staat en burger. De indirecte vorm komt sterk overeen met de idee van het recht als bemiddelende instantie die een rationele, formele wederkerigheid tot stand brengt. Waar Pessers wijst op het feit dat de reciprociteit niet steeds volledig is of kan worden geïncorporeerd in de rationele wederkerigheid van het recht ('morele reductie'), wijst Salet op een daarmee nauw samenhangend risico. Hij problematiseert het feit dat uit zijn analyse blijkt dat reciprociteit 'zich concentreert op horizontale sociale betrekkingen, de betekenis van 'verticale' hiërarchische verhoudingen in het maatschappelijk en het statelijk verkeer verdwijnt hiermee uit het vizier'.⁴⁷ Reciprociteit betreft dus in essentie horizontale betrekkingen. Reciprociteit binnen machts- en bevelsverhoudingen is daarom conceptueel moeilijker te funderen en berust dan ook volgens hem uiteindelijk op vertrouwensrelaties. Die reciprociteitsrelaties zijn daardoor zeer kwetsbaar.⁴⁸ Met name in geval van sterk verticale, hiërarchische verhoudingen in de relatie tussen overheid en burger zullen er dus discrepanties kunnen optreden.

Wederkerigheid in het strafrechtelijk stelsel

Het belang van de uitweiding over wederkerigheid ligt met name in het belichten van het bestaan van discrepantie tussen de formele wederkerigheid van het recht en de morele, normatieve reciprociteit en de daarbij geïdentificeerde risicofactoren. Want, daar waar in het voorafgaande (deel I) werd geconstateerd dat het slachtoffer in het huidige maatschappelijke klimaat niet tevreden is en behoefte lijkt te hebben aan *meer en anders* dan het strafrecht hem biedt, zou dat precies de uitdrukking kunnen vormen van de hier toegelichte discrepantie. Een toespitsing op de strafrechtelijke rechtsorde en de genoegdoeningsrelatie is daarom hier op zijn plaats.

46 W G M Salet a w

47 W G M Salet a w p 44

48 Hij doet vervolgens een poging om ook hiërarchische betrekkingen vanuit de grondslag van reciprociteit te conceptualiseren. W G M Salet a w hoofdstuk 4

In aansluiting op het voorafgaande kan men het rationele wederkerigheidsbegrip aanduiden als een van de constitutieve beginselen van onze moderne rechtsorde. De rationele, formele wederkerigheid tussen rechtssubjecten is in ons rechtssysteem – een democratische rechtsorde – niet weg te denken. Het beginsel is constitutief voor de rechtsorde en ligt dus ook besloten in de beginselen van onze strafrechtelijke rechtsorde. Zowel dader als slachtoffer kunnen daarbinnen worden beschouwd als leden van dezelfde rechtsgemeenschap. Wederkerigheidsrelaties binnen de juridische orde kunnen conceptueel op diverse niveaus worden gedacht. Voor het strafrecht kan men daarbij denken aan vier niveaus van de relatie:

- (1) overheid-verdachte/dader,
- (2) overheid-slachtoffer,
- (3) vervolgende overheid-samenleving,
- (4) verdachte/dader-slachtoffer

Bezien vanuit het perspectief van wederkerigheidsrelaties en de noodzaak daarvan voor het structureren van een gemeenschap is het feit dat er een, onder verantwoordelijkheid van de overheid gegarandeerd, strafrechtelijk stelsel bestaat van groot belang. Door middel van strafbaarstelling in wettelijke delictsomschrijvingen worden bepaalde menselijke gedragingen en de gevolgen daarvan ook juridisch relevante gedragingen. Daarin ligt uitduidelijk een erkenning besloten, die voor wederkerigheidsrelaties essentieel is. Diverse morele verplichtingen uit reciprociteitsrelaties tussen mensen worden daarmee immers erkend als relaties die bemiddeling door het recht verdienen en worden daarmee tevens mutualiteitsrelaties.⁴⁹ Bij deze conclusie past echter een kanttekening.

Zoals gezegd kan men niet aan een ‘morele reductie’ ontkomen, in die zin, dat wederkerigheid in de betekenis van reciprociteit, van moraal, niet of niet volledig kan worden geïncorporeerd in het formeel juridisch kader. Uit het navolgende zal blijken dat zeker bij het strafrecht sprake is van een tamelijk sterke ‘morele reductie’. Deze morele reductie vindt niet alleen plaats door de omzetting van menselijke gedragingen in strafbaarstellingen, maar ook door de procedurele reducties die hun neerslag hebben gekregen in de strafrechtelijke procedures.

Zoals gezegd is het wederkerigheidsbeginsel constitutief voor de rechtsorde en ligt het dus ook besloten in de beginselen van onze straf-

⁴⁹ Dit aspect sluit aan op de benadering van het strafrecht waarin dat rechtsgebied wordt beschouwd als sanctierecht. Deze opvatting heeft met name brede ingang gevonden via de leerboeken van Ch. J. Enschede.

rechtelijke rechtsorde. De formalisering van wederkerigheidsrelaties in het wettelijk strafvorderlijk stelsel is een beperkte. Als gevolg van het publiekrechtelijke, verticale en sterk eendimensionale (hiërarchische) karakter van ons strafrecht betreffen de daarin geformaliseerde wederkerigheidsverhoudingen primair de verhoudingen tussen de overheid en de verdachte/dader (1).

De strafbaarstelling vormt allereerst een reductie van de veelheid aan reciprociteitsrelaties waaraan begaan onrecht ten grondslag ligt. Niet alle vormen van onrechtmatig gedrag worden immers getransformeerd in een door het strafrecht bemiddelde wederkerigheid tussen rechts-subjecten. De strafbaarstelling in een delictsomschrijving staat bovendien verder af van de reciprociteitsverhouding dan men veelal onderkent. De delictsomschrijving bevat – zeker voor de klassieke delicten – geen normstelling die is gericht op de dader, maar creëert een bevoegdheid voor de overheid om op te treden in geval van overtreding van de genoemde norm.⁵⁰ Daarmee is de strafrechtelijk geformaliseerde wederkerigheid al van meet af aan een indirecte vorm van wederkerigheid. Bovendien is er sprake van een hiërarchische of machtsverhouding van de vervolgende overheid ten opzichte van de dader.⁵¹

Het slachtoffer komt helemaal op de laatste plaats. Binnen het strafrechtelijk stelsel is de morele, ethische wederkerigheidsverhouding (reciprociteit) tussen dader en slachtoffer(s) (4) slechts zeer marginaal en indirect geïnstitutionaliseerd. Strafrechtelijk geduid kan dit worden herkend in de marginale juridische erkenning van rechten van het slachtoffer en in het feit dat de overheid met het vervolgingsmonopolie in de plaats treedt van het slachtoffer en de samenleving (2 en 3). De reciprociteit is dus zeer indirect vormgegeven en bovendien sterk ingebed in een bevels- of machtsstructuur. Voor de erkenning van het onrecht, wezenlijk voor de reciprociteitsrelatie, is het slachtoffer aangewezen op het Openbaar Ministerie, de beperkte procedurele rechten die hem toekomen en op een vonnis van de rechter over de dader en zijn daad. Dat vonnis vormt wederom slechts zeer marginaal en indirect een bevestiging van zijn reciprociteitsrelatie met de dader (1). Het gaat niet over hem, het slachtoffer.

50 In verband met de strekking van dit argument voor het onderhavige betoog worden de noodzakelijke nuances op deze opvatting hier achterwege gelaten.

51 Zowel de strafbaarstelling als de strafoplegging zijn in beginsel gebaseerd op eenzijdige besluitvorming en kunnen zonder erkenning, instemming of medewerking van de betrokken personen worden ingezet. Zie bijvoorbeeld M. Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel*, diss. EUR, Kluwer 2002, hoofdstuk 2.

Bezien vanuit het slachtoffer kan de strafrechtelijke rechtsorde diens gevolge op drie aspecten tekort schieten.⁵² Allereerst kan er discrepantie bestaan tussen de reciprociteit (in de betekenis van de morele verplichting) van dader en slachtoffer en de rationele geformaliseerde wederkerigheid (een mutualiteitsrelatie), als gevolg van de ernst en de aard van het gepleegde onrecht zoals dat wordt beleefd door het slachtoffer. Ik doel hier op de 'morele reductie' van Pessers. Deze discrepantie betreft de relatie dader-slachtoffer (4). Daarnaast kan er discrepantie ontstaan doordat de reciprociteit tussen dader en slachtoffer slechts via de zeer indirecte weg van het overheidsoptreden kan worden erkend. De relatie tussen dader en slachtoffer (4) is voor realisering van morele verplichtingen op het strafrechtelijk niveau in beginsel aangewezen op de bemiddelende rol van de vervolgende overheid.⁵³ Maar er is nog een derde aspect. In de terminologie van Salet is er namelijk niet alleen sprake van een indirecte wederkerigheid, maar bovendien van reciprociteit binnen hiërarchische, machts- of bevelsverhoudingen. Zoals gezegd berust de reciprociteit daarbinnen uiteindelijk op vertrouwensrelaties. De kwetsbaarheid van die reciprociteitsrelaties in het strafrecht behoeft daarom nauwelijks betoog. De erkenning van de reciprociteit en de daaruit voortvloeiende verplichting van de dader ten opzichte van het slachtoffer kan ontbreken in geval het slachtoffer het optreden van de overheid in zijn (het slachtoffer) plaats niet of niet meer kan herkennen als 'erkennen'. De symbolische orde van het recht schiet in die situaties te kort, omdat de reciprociteit uit andere symbolische ordes daarbinnen dan onvoldoende tot zijn recht komt.

Wederkerigheid in de genoegdoeningsrelatie

Genoegdoening is geen juridisch begrip, geen juridische categorie. Een genoegdoeningsrelatie is een persoonlijke relatie. Genoegdoen veronderstelt herkennen en vervolgens erkennen door de dader van een schuld-, aansprakelijkheids- of verantwoordelijkheidsrelatie met de gekrenkte op grond van het voorafgegane onrecht. Het onrecht bestaat in het geschokte of gekrenkte (rechts)gevoel en hoeft niet noodzakelijkerwijze juridisch als 'onrecht' te worden erkend.

In termen van het hierboven uitgewerkte wederkerigheidsbeginsel is de genoegdoeningsrelatie een reciprociteitsrelatie waarin een ethische

52. Dit betekent nog niet dat het strafrecht te kort schiet. De vraag is immers of het strafrecht ooit (volledig) aan de behoefte tot genoegdoening kan tegemoetkomen. In deel IV zal op die vraag nader worden ingegaan.

53. Daarbij moet men zich realiseren dat de primaire aandacht bij de taak van het Openbaar Ministerie niet ligt in de bemiddeling

of morele verplichting ligt besloten. De reciprociteitrelatie tussen dader en slachtoffer is er dus een uit de symbolische orde van de affectieve, familiale of sociale verwantschap, ofwel van banden die zijn ontstaan door het onrecht, de schadetoebrengende gebeurtenis zelf. Die reciprociteit kenmerkt zich – zoals toegelicht – door het persoonlijk karakter, maar ook door het verplichtend karakter.

Bij een genoegdoeningsrelatie gaat het om een verplichting tegemoet te komen aan een geschokt gevoel, aangetaste eer, vernedering, etc. Een genoegdoeningsrelatie kan dus (volledig) zijn gebaseerd op reciprociteit via een symbolische orde van een gemeenschappelijke cultuur, een sociale groep, sociale gelijkenis, gemeenschappelijke geschiedenis en gemeenschappelijke gebeurtenissen.

Genoegdoeningsrelaties in het recht

Natuurlijk is het mooi als genoegdoening volgens de regels van desbetreffende symbolische orde, waarbinnen het onrecht plaats vond, wordt gerealiseerd. Dan zou in ieder geval het concrete slachtoffer van een strafbaar feit recht worden gedaan in de zin van *meer of anders*. Wij weten beter: dat is valse hoop. De maatschappelijke realiteit is onvermijdelijk anders. En juist aan het feit dat die weg nooit in alle gevallen en omstandigheden kan worden gerealiseerd, ontleent het recht zijn bemiddelende functie.

Ook de symbolische orde van het recht heeft wegen gecreëerd om in de behoefte aan genoegdoening te bemiddelen. Die mogelijkheid is er onder meer als het onrecht bestaat in een aantasting van lijf, eerbaarheid of goed en wel via de burgerlijke rechter. Waar deze naast de schadevergoeding – in de zin van herstel van de oude situatie of compensatie daarvoor – ook een immateriële schadevergoeding toekent is er naast de verdelende rechtvaardigheid ook sprake van vereffenende rechtvaardigheid. Daarmee kan aan vele kenmerken van de verplichting uit een genoegdoeningsrelatie zijn voldaan. Maar deze mogelijkheden moeten ook niet worden overschat. Vele relaties en vele vormen van onrecht lenen zich niet zonder meer voor deze weg. De procedures zijn bovendien kostbaar, niet snel en ook niet altijd succesvol. De genoegdoening aan het slachtoffer met behulp van strafrechtelijke middelen vergt dus nadere uitwerking.

Genoegdoening aan slachtoffer en nabestaanden langs strafrechtelijke weg

De wederkerigheidsrelaties uit de symbolische orde van een gemeenschappelijke cultuur, een sociale groep, sociale gelijkenis, gemeenschappelijke geschiedenis, gemeenschappelijke gebeurtenissen, zijn

slechts zeer beperkt geïnstitutionaliseerd in de door het recht gewaarborgde wederkerigheidsverhouding van dader en slachtoffer. De oorzaken zijn divers. Allereerst is daar het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, dat onvermijdelijk bijdraagt aan een 'morele reductie' door formalisering van menselijke gedragingen als bestanddelen van een delictsomschrijving. Daarnaast bewerkstelligt de strafrechtelijke procedure – als gevolg van de daarbij toe te passen selecties – dat slechts veroordeling kan worden uitgesproken in geval aan alle voorwaarden voor een strafbaar feit is voldaan.⁵⁴ De hoeveelheid in aanmerking komende gedragingen wordt daarmee sterk gereduceerd. De behoefte van het slachtoffer aan genoegdoening wordt evenwel niet beperkt door die selectie. Deze blijft dus in volle omvang bestaan en wordt wellicht zelfs groter als gevolg van een mogelijk voor hem onbevredigende beslissing in het vonnis. Het gezag van de rechter en de motivering van de beslissingen in het vonnis zijn dientengevolge medebepalend voor de toch al beperkte mogelijkheden om het slachtoffer genoegdoening te bieden. Als derde oorzaak kan worden gewezen op het feit dat de door de wet gewaarborgde wederkerigheidsrelatie tussen dader en slachtoffer is gereduceerd tot een beperkte schade-compensatieverhouding.⁵⁵ In de termen van Aristoteles ziet de verdelende – en niet de vereffende – rechtvaardigheid op schadecompensatie. Het verdelingsprincipe is gebaseerd op een contractueel fundament. Nieuwenhuis formuleert het als volgt: 'Rechtvaardig is dat principe dat door alle betrokkenen overeengekomen zou kunnen zijn'.⁵⁶ Het gaat om het herstel van het evenwicht in de verdeling van maatschappelijke goederen en niet, zoals bij de vereffende rechtvaardigheid om evenwicht in de verhouding tussen partijen. Juist omdat het bij een genoegdoeningsrelatie gaat om geschokt rechtsgevoel en aangetaste eer voldoet het verdelingsbeginsel niet. De omvang van de behoefte aan genoegdoening wordt namelijk niet bepaald door de aard of de omvang van de schade, maar is sterk afhankelijk van de individuele beleving van het onrecht door het slachtoffer. Het strafrechtelijk stelsel biedt dus met zijn geformaliseerde wederkerigheidsrelaties (mutuali-

54 Zowel de politie als het Openbaar Ministerie en de rechter hebben een rol in die selectie. Voor de rechter kan men daarbij denken aan de vragen van art. 348 en 350 WvSv en de mogelijke beslissingen daarop in het vonnis zoals geformuleerd in art. 349, 351 en 352 WvSv.

55 Denk hierbij aan de schadevergoedingsregeling voor de benadeelde partij, de schadevergoeding als voorwaarde voor transactie, de schadevergoedingsmaatregel en de ontname van wederrechtelijk verkregen voordeel.

56 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979, Kluwer 1979, p. 56.

teit) geen garantie dat de dader bij veroordeling tot vergoeding van de schade, tegemoet komt aan de behoefte aan genoegdoening van het slachtoffer

Als laatste oorzaak kan worden gewezen op het feit dat de genoegdoeningsrelatie tussen dader en slachtoffer slechts via de zeer indirecte weg van het overheidsoptreden kan worden erkend. Genogdoening in de zin van tegemoetkomen aan slachtoffers geschiedt in het strafrecht niet door de dader, maar in een gesublimeerde vorm. Het is slechts de overheid die overgaat tot actie en bovendien niet in de richting van het gekwetste slachtoffer. Genogdoening – als verplichting voortvloeiend uit een reciprociteitsrelatie – kan, als gevolg van deze indirecte, gesublimeerde en op machtsverhoudingen gebaseerde mutualiteitsrelatie, uiteindelijk slechts zijn gebaseerd op vertrouwen. Zij is dus in belangrijke mate afhankelijk van het gezag van die overheid, de wetgever, justitie en de politie. Die afhankelijkheid geldt in het bijzonder en in laatste instantie voor het gezag van de rechter, die in een rechtsorde specifiek is belast met oordelen volgens de ethiek van de vereffende rechtvaardigheid.⁵⁷

Genogdoening aan de samenleving langs strafrechtelijke weg

Zelfs al zouden de civielrechtelijke en strafrechtelijke wegen in onderlinge samenhang voldoende uitkomst bieden voor het slachtoffer, dan zouden we er nog niet zijn. De samenleving vraagt namelijk ook om genoegdoening wegens de krenking van de rechtsorde of het geschokte rechtsgevoel. En die behoefte aan genoegdoening is nu juist door middel van het strafrecht geïnstitutionaliseerd en geformaliseerd. De overheid heeft de afdoening van deze behoefte aan genoegdoening immers aan zich getrokken en de plaats van slachtoffer én van de samenleving overgenomen door het Openbaar Ministerie de vervolgingsbevoegdheid en het vervolgingsmonopolie toe te kennen. De genoegdoening aan de samenleving kan derhalve slechts zeer indirect, via de bemiddeling door de symbolische orde van het recht worden bewerkstelligd. De reciprociteit in de relatie tussen de vervolgende overheid en de samenleving berust dan misschien niet op een hiërarchische of bevelsverhouding, maar wel op een machts- en vertegenwoordigingsverhouding. Daarom zal ook daar de reciprociteit uiteindelijk alleen kunnen berusten op vertrouwen van de samenleving in de overheid, aangevuld met wettelijk procedurele waarborgen en de ongeschreven rechtsbeginselen.

⁵⁷ Deze gedachte wordt onder meer uitgewerkt door Aristoteles in het vierde boek van zijn *Politeia* maar kan ook worden gebaseerd op Montesquieu.

Realisering van genoegdoeningsrelaties binnen de juridisch orde van ons strafrechtelijk stelsel

Het voorafgaande neemt niet weg dat het belang van slachtoffers wel een plaats heeft gekregen in de strafvorderlijke verhoudingen. Aanstands wordt echter duidelijk dat aan de regelingen met behulp waarvan die belangen kunnen worden gerealiseerd het meest karakteristieke element van genoegdoening ontbreekt. Geen van die regelingen is namelijk gebaseerd op het uitgangspunt dat de dader actie onderneemt naar het slachtoffer.

Allereerst kan hiervoor worden gewezen op de mogelijkheid tot aangifte volgens art. 161 WvSv door een slachtoffer of ieder ander die kennis draagt van een strafbaar feit. Diverse delicten uit het WvSr zijn slechts vervolgbaar op klacht van het slachtoffer, zijn wettig vertegenwoordiger of zijn nabestaanden (de absolute klachtdelicten volgens art. 64 en 65 WvSr). Daarnaast bestaan de relatieve klachtdelicten: delicten die in het algemeen vervolgbaar zijn, maar in geval er een in de wet genoemde relatie bestaat tussen dader en slachtoffer, alleen op voorwaarde van een klacht. Indien het Openbaar Ministerie besluit niet tot vervolging over te gaan, kan volgens art. 12 e.v. WvSv beklag worden gedaan over de niet (verdere) vervolging. Deze regeling biedt belanghebbenden, waaronder het slachtoffer, de mogelijkheid om de macht van de overheid die is gelegen in de combinatie van vervolgingsmonopolie en opportuniteitsbeginsel te corrigeren.⁵⁸ Deze regeling is onlangs herzien met het oog op de versterking van de rechtspositie van het slachtoffer.⁵⁹

Door middel van deze regelingen heeft het slachtoffer de gelegenheid zijn geschokte (rechts)gevoel of anderszins behoefte aan vergelding, erkenning, tegemoetkoming etc. aan de vervolgende overheid – en soms later aan de rechter – over te brengen. Deze mogelijkheden hebben in het juridisch stelsel niet direct een tegenhanger in de vorm van erkenning en tegemoetkoming aan de tot uitdrukking gebrachte behoefte. Gebruikmaking van de desbetreffende mogelijkheden leidt namelijk niet automatisch tot vervolging. Er is van de bovenbedoelde wederkerigheid binnen de juridische orde niet echt sprake. Alleen indien het gerechtshof in geval van een beklag op grond van art. 12 WvSv beveelt dat vervolging zal worden ingesteld of voortgezet zal het Openbaar Ministerie zijn bevoegdheid tot vervolging moeten aanwenden. Het wederkerigheidskarakter van deze regelingen is beperkt. De behoefte aan genoegdoening van het slachtoffer is noch naar zijn aard, noch naar zijn omvang vertaald in een juridisch/formele weder-

58. TK 26 436, 1989/1999, nr. 3, p. 4.

59. *Stb.* 2001, 531 en *Stb.* 2002, 135 (TK 26 436, nr. 3 p. 5).

kerigheidsrelatie en bovendien is er alleen sprake van een indirecte wederkerigheidsrelatie.

Op grond van de artikelen 51a-51f, 167 lid 3, 332-335, 361, 421 en 554 WvSv kan de benadeelde partij – en daarmee het slachtoffer van een delict – zich voegen in de strafprocedure teneinde een schadevergoeding te krijgen zonder een civiele procedure te starten. Voeging kan reeds in het vooronderzoek plaatsvinden, zodat het slachtoffer de confrontatie met de verdachte op een terechtzitting kan vermijden. De vordering is niet (meer) aan een maximumbedrag gebonden. De voeging is en blijft accessoir aan de strafprocedure. Via deze regeling kan recht worden gedaan aan de ernst van de gevolgen van het delict voor een slachtoffer. Daarbij komt zowel de materiële als de immateriële schade voor vergoeding in aanmerking. De wederkerigheid in de betrekking tussen slachtoffer en dader is in die zin aanwezig dat de ‘relatie’ die is veroorzaakt door het onrecht, wordt beschouwd als een rechtsbetrekking in de zin van het civiele recht. De daarbij passende wederkerigheid komt tot uitdrukking in de veroordeling tot betaling van de vergoeding. Zeker waar er sprake is van vergoeding van immateriële schade lijkt het reciprociteitskarakter van genoegdoening tot zijn recht te kunnen komen. Daar staat echter tegenover dat de betrekking tussen dader en slachtoffer slechts zeer indirect vorm heeft gekregen, nu het slachtoffer contact met de verdachte/dader kan vermijden en voorkomen. Bovendien kan de voor genoegdoening vereiste herkenning en erkenning ontbreken: de dader betaalt om er vanaf te zijn. Het persoonlijke, morele reciprociteitskarakter van de voegingsregeling is dientengevolge zeer relatief.

III.2.3 Conclusie

Het is duidelijk geworden dat genoegdoening in zijn ideaaltypische vorm niet in ons strafrechtelijk stelsel valt terug te vinden. De kern van de oorzaak ligt in de discrepantie tussen de mogelijkheden van ons rationele/formele klassieke strafrechtelijk stelsel en de constitutionele omstandigheden en voorwaarden waarbinnen genoegdoening als een niet juridische categorie kan gedijen.

De verplichting tot tegemoetkoming aan onrecht door de dader aan het slachtoffer is hoe dan ook een verplichting binnen de symbolische orde van sociale verwantschap, familiebetrekkingen etc. In geval het onrecht daarvoor in aanmerking komt, bemiddelt onze overheid – als uitvloeisel van onze democratische rechtsstaat – door middel van het strafrecht in dit onrecht. De morele verplichting van de niet-juridische symbolische orde heeft slechts op een zeer indirecte en gereduceerde

wijze zijn neerslag gekregen in de symbolische orde van het recht het gerationaliseerde, formele stelsel van strafrechtelijke betrekkingen. Met andere woorden, de reciprociteit uit de genoegdoeningsrelatie is dus slechts zeer beperkt geïncorporeerd in ons strafrechtelijk stelsel. Het strafrecht houdt zich namelijk primair bezig met de verhouding overheid-verdachte/dader en niet met de verhouding dader-slachtoffer. Het karakter van het strafrecht brengt bovendien mee dat de voor genoegdoening vereiste relatie tussen schender en gekrenkte niet centraal staat en de actie niet uitgaat van de schender, maar van de overheid (mede in naam van de schender). Daarbij komt nog dat het publieke karakter van ons strafrecht meebrengt dat de wederkerigheid-betrekkingen in dit rechtsgebied tamelijk eendimensionaal en verticaal zijn georiënteerd.

Kortom, de genoegdoeningsrelatie tussen dader en slachtoffer/nabestaanden/samenleving wordt weliswaar door het strafrecht bemiddeld, maar wel met een groot aantal beperkingen als resultaat. Er is sprake van een 'morele reductie', een procedurele reductie, een indirecte relatie en een verticale en hiërarchische relatie. Daarmee zijn alle denkbare discrepanties tussen verplichtingen uit de reciprociteitsrelaties en mutualiteitsrelaties in theorie vervuld. Het is al met al dus niet verwonderlijk dat ons strafrecht het niet gemakkelijk heeft met het 'opstandige slachtoffer' en zijn behoefte aan genoegdoening.

III 3 Doel en functie van genoegdoening geplaatst in ons strafrechtelijk stelsel

III 3 1 Genoegdoening en doel en functie van het strafrecht

Doel en functie van het strafrecht

Het doel van het strafrecht kan kort worden aangeduid als handhaving van de rechtorde of rechtshandhaving.⁶⁰ Het strafrecht maakt daartoe gebruik van de daarvoor ten dienste gestelde bevoegdheden, zoals controle op, opsporing, vervolging, berechting en sanctionering van strafbare feiten alsmede de tenuitvoerlegging van straffen. De inzet van deze middelen om rechtshandhaving te kunnen realiseren wordt veelal ook aangeduid met de term rechtshandhaving. Het strafrecht mag deze middelen slechts inzetten met inachtneming van de rechtsstatelijke voorwaarden van ons bestel. Strafrechtstoepassing – gericht op rechtshandhaving – vereist en impliceert daarmee waarborging van rechten

60 Met zo een beknopte omschrijving wordt natuurlijk geen recht gedaan aan het belang van het rechtsgebied en de theoretische fundering daarvan. Voor het doel van deze beschouwing kan echter met deze korte orientatie worden volstaan.

van burgers en verdachten en van andere belangen die samenhangen met de naleving, handhaving en sanctionering daarvan. De daartoe bij wet gestelde eisen worden gecomplementeerd met ongeschreven rechtsstatelijke normen. Die kwalificatie van rechtshandhaving als doel betekent echter niet dat het begrip rechtshandhaving zelf een statisch begrip is. Integendeel. Rechtshandhaving in een democratische rechtsstaat is een contextgebonden begrip dat steeds opnieuw interpretatie behoeft met inachtneming van heersende maatschappelijke belangen en opvattingen. Het strafrecht is in deze opvatting geen doel in zichzelf, maar vervult als middel van strafrechtelijke rechtshandhaving wel een autonome maatschappelijke functie.⁶¹

Doel en functie van genoegdoening binnen het strafrecht

Ook genoegdoening bieden is geen doel op zichzelf. Het primaire doel ligt in het tevreden stellen van de gekwetste. Als verder liggend doel kan worden gedacht aan verzoening en voorkomen van wraak of mateloze vergelding. Het bieden van genoegdoening, door middel van een handeling of gebaar, ontleent zijn waarde en betekenis volledig aan de context waarbinnen die handeling plaatsvindt, die van het aangedane onrecht. De functie van genoegdoen is dus geen autonome functie.

Naar zijn eigen aard staat er dus niets aan in de weg om de functie van genoegdoening te benutten in een strafrechtelijke verhouding en ten behoeve van strafrechtelijke rechtshandhaving. De vraag is eerder of omgekeerd de (autonome) functie en het doel van het strafrecht ook kunnen worden verrijkt met het inzetten van de functie van genoegdoening. Anders geformuleerd, kan genoegdoening worden benut als middel tot en ten dienste van strafrechtelijke rechtshandhaving, of ligt dit zelfs al ten dele daarin besloten?

Het antwoord op deze vraag ligt reeds besloten in de bespreking van het wederkerigheidsbeginsel en de wederkerigheid in het recht. De symbolische orde van het recht – en dus ook het strafrecht – functioneert pas optimaal als daarin juist ook verplichtingen uit andere symbolische ordes tot hun recht kunnen komen. In zekere zin is het strafrecht daarom zelfs ten dele afhankelijk van tegemoetkomen in de betekenis van genoegdoening.

61 Zie hierover A C 't Hart, 'De autonomie van het strafrecht', *DD* 2001, p. 237-250 alsmede S. Gutwirth en P. de Hert, 'Een theoretische onderbouwing voor een legitiem strafproces', *DD* 2001, p. 1048-1087 en van dezelfde auteurs *Grondslagen theoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht* a.w.

III 3 2 Genoegdoening en doel van straffen

Het doel van straffen

Over het doel van de straf is onnoemelijk veel geschreven ⁶² In deze verhandeling blijft de bespreking daarom beperkt tot die aspecten en die gezichtspunten die van belang zijn om de betekenis van de notie genoegdoening voor het strafrecht zichtbaar te maken

Volgens de in Nederland veelal gehanteerde verenigingstheorie kan het doel van de straf kortweg worden omschreven als vergelding en preventie Vanuit de vergeldingsgedachte wordt de straf gerechtvaardigd omdat in het verleden is misdreven Er moet daarom ook evenredigheid bestaan tussen de ernst van de normovertreding en de zwaarte van de straf Tegelijkertijd vormt de vergelding een strafdoel in zichzelf Door te vergelden wordt tegemoetgekomen aan de door het onrecht ontstane wraakgevoelens van zowel slachtoffer als samenleving In de vergelding vallen strafgrond en strafdoel dus samen Voor de preventie – zowel de generale als de speciale – geldt dat de grond ligt in het verleden, het doel in de toekomst In de preventiegedachte ligt het herstel van het gezag van de geschonden norm besloten De bovengrens van de straf kan worden gezocht in de vergeldingsgedachte, waarbinnen de overige strafdoelen moeten worden gerealiseerd Anderen zoeken de bovengrens in de preventie of in andere utiliteitsdoelen, waarbinnen de overige strafdoelen kunnen worden gerealiseerd Welk perspectief men ook kiest, de straf die in een concreet geval wordt opgelegd moet altijd zijn gerelateerd aan de ernst van het feit en mag niet hoger zijn dan kan worden gerechtvaardigd vanuit utiliteitsoverwegingen

Schadevergoeding, compensatie of herstel in de oorspronkelijk situatie worden in het strafrecht niet als zelfstandig strafdoel beschouwd Wel wordt voor deze doelen plaats gemaakt via de weg van de op te leggen maatregelen Bezien kan dus ook nog worden of schadevergoeding, in de huidige betekenis als schadevergoedingsmaatregel opgelegd door de rechter en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, elementen van genoegdoening in zich dragen

Het doel van genoegdoening als element van straffen

Het doel van genoegdoening, de tegemoetkoming, het offer, ligt in de toekomst Het ‘gebaar’ komt tegemoet in de door het onrecht ontstane onvrede, verstoorde verhouding of evenwicht Daarmee is genoegdoe-

62 Zie recent S Gurtwirth en P de Hert a w DD 2001 en M Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel* a w hoofdstuk 2

ning gericht op herstel van een 'relatie', en niet op herstel van het gezag van de geschonden norm of op herstel van de oorspronkelijke situatie

Maar er is meer. Genoegdoening helpt de mensen om hun wraak in bedwang te houden, vergelding te voorkomen. Die reacties worden afgewenteld door middel van een 'substituut' het gebaar, het offer. Genoegdoening draagt eraan bij om de ontkiemende spiraal van geweld te smoren en te voorkomen dat er een keten van reacties en acties van onrecht ontstaat.

Genoegdoening is ook zeker niet identiek aan vergelding. Vergelding is gericht op het verleden en een strafdoel in zichzelf. Een toekomst tussen dader en slachtoffer, in welke vorm dan ook, wordt niet beoogd. Genoegdoening is géén doel in zichzelf, maar juist uitdrukkelijk gericht op de toekomst en op behoud of herstel van de relatie. Genoegdoening kan uitdrukkelijk bijdragen aan het voorkomen van wraak of de behoefte aan vergelding. Omdat bij genoegdoening de gerichtheid op het verleden ontbreekt is er geen noodzakelijke relatie met de ernst van het feit. Die relatie hoeft ook niet te worden gelegd om een normerend effect voor de toekomst te bereiken. Herstel van het gezag van de norm of generale preventie vormen immers ook geen doel van genoegdoening. Daarmee ontbreken voor genoegdoening zowel een objectief te benoemen ondergrens als een bovengrens.

Omdat genoegdoening (in zijn ideaaltypische vorm) niet is gericht op herstel in de oude situatie of compensatie kan zelfs directe schadevergoeding van dader aan slachtoffer – bijvoorbeeld als voorwaarde voor een voorwaardelijk sepot – niet als genoegdoening worden aangeduid. Schadevergoeding voor immateriele schade aan de benadeelde partij, opgelegd door de rechter deels wel. Daarnaast kan er sprake zijn van betaling van een door de rechter op basis van art. 36f WvSr opgelegde schadevergoedingsmaatregel. Ook deze maatregel kan vergoeding van immateriele schade omvatten en voor dat deel als genoegdoening worden aangeduid. Ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel komt slechts neer op herstel van de oude situatie en valt dus niet als genoegdoening te kwalificeren.⁶³

Recapitulerend kunnen we vaststellen dat genoegdoening geen strafdoel vormt en daaraan dientengevolge geen zelfstandige functie in ons publiekrechtelijk strafrechtelijk bestel is toebedeeld. Genoegdoening is ook geen doel in zichzelf, het vervult geen autonome functie. Wél kan met het bieden van genoegdoening een bijdrage worden geleverd

⁶³ Waarbij overigens niet valt uit te sluiten dat het slachtoffer wel tevreden is met deze 'oplossing'.

Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht

aan het realiseren van de strafdoelen. Zo kan onmatige vergelding en eigenrichting worden voorkomen of bijvoorbeeld de weg naar verzoening worden opgezet. De rechtshandhaving kan dus zonder meer worden gediend met genoegdoening.

III.4 De gronden voor genoegdoening geplaatst in ons strafrechtelijk stelsel

Gronden voor genoegdoening

In deel II zijn de gronden voor genoegdoening aangegeven. Er moet sprake zijn van een onrecht in de zin van een geschokt of gekrenkt (rechts)gevoel: aantasting van eer, gevoel, vertrouwen, geluk, etc. De kwalificatie als onrecht brengt mee dat schade op zichzelf niet voldoende is. Maar de vraag of het gebeurde als onrecht kan worden gekwalificeerd kan ook niet slechts worden bepaald op basis van de persoonlijke ervaring van het gebeuren door het slachtoffer. Daarvoor is ook vereist dat het gebeurde binnen de symbolische orde waarvan dader en slachtoffer gezamenlijk deel uitmaken als onrecht geldt. Er moet dus sprake zijn van een genoegdoeningsrelatie die is gebaseerd op schending van de regels of rituelen van een sociale ordening die hen verbindt. Zo kan er sprake zijn van een familieband, een groepsband, een buurtverwantschap of zelfs van een relatie die slechts is gebaseerd op het gebeuren zelf. Bovendien veronderstelt die kwalificatie dat de dader schuldig, aansprakelijk of verantwoordelijk kan worden geacht voor het veroorzaakte onrecht.

Gronden voor genoegdoening in het strafrecht

De gedachte van reageren op begaan onrecht is niet vreemd aan het strafrecht. In oorsprong werden immers juist die gedragingen strafbaar gesteld die werden verondersteld een moreel onrecht in zich te sluiten. De klassieke commune delicten uit ons Wetboek van Strafrecht zijn daarvan de vrucht. Veel van de Titels van de misdrijven uit dat wetboek geven nog steeds uitdrukking aan die gedachte, zoals: misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid (XVII), misdrijven tegen het leven gericht (XIX), misdrijven tegen de zeden (XIV), mishandeling (XX) en diefstal en stroperij (XXII).

De ernst van een delict is in beginsel verdisconteerd in de strafbedreiging. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van ons wetboek van strafrecht blijkt dat bij het bepalen van strafmaxima niet alleen rekening is gehouden met de objectieve ernst van het delict, maar ook met de subjectieve ernst in de vorm van de gezindheid van

de dader⁶⁴ De objectieve ernst van het delict was het belangrijkste ijkpunt voor het bepalen van de maximale vrijheidsstraf Daaronder werd onder meer begrepen de gevolgen, het kostbare karakter van het geschonden rechtsgoed, de schokkende aard van het feit, het misbruik van vertrouwen dat spreekt uit het delict etc In hoeverre de gevolgen van de ernst van het delict voor het slachtoffer ook worden begrepen onder de noemer van de objectieve ernst van het delict is niet altijd duidelijk Impliciet ligt dat overigens wel besloten in de genoemde factoren Bij bepaalde delicten, zoals bijvoorbeeld de zedendelicten wordt de ernst van de gevolgen voor het slachtoffer wel uitdrukkelijk genoemd als factor voor het bepalen van het strafmaximum De wetswijzigingen die in de loop der jaren, als gevolg van gewijzigde maatschappelijke opvattingen ten aanzien van deze delicten tot stand zijn gekomen, bevestigen de erkenning van de beleving van het slachtoffer als relevante factor

De neerslag van het belang van de subjectieve ernst in de vorm van de gezindheid van de dader vindt men met name in het aanzienlijke verschil in de hoogte van de bedreigde straf in geval van dodelijke en in geval van culpoze delicten Langs deze weg krijgt de daderzijde een veel hogere prioriteit dan de 'slachtofferzijde'

Bij de naar het gevolg gekwalificeerde delicten komt de ernst van hetgeen het slachtoffer is overkomen sterk naar voren Bij die delicten is de strafbedreiging hoger in geval de gevolgen voor het slachtoffer ernstiger zijn Bovendien zijn deze strafverzwarende gevolgen geobjectiveerd, zodat het opzet van de dader niet van invloed is op deze verzwarende Het bekendste voorbeeld is de eenvoudige mishandeling uit artikel 300 WvSr, waarvan lid 2 en 3 het strafverzwarend gevolg van lichamelijk letsel, respectievelijk de dood bevatten

Ook strafverzwarende begeleidende omstandigheden die in of bij diverse delictsomschrijvingen zijn benoemd staan soms direct of indirect in verband met de beleving van slachtoffers Als voorbeeld kan dienen artikel 145 WvSr dat een strafverzwarende vorm bevat van het verhinderen van vergadering, zoals bedoeld in artikel 143 Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de bijzondere bescherming (strafverzwaring) niet wordt verleend om de geestelijke of de kerk te beschermen, maar omdat de aard van ons volk meebrengt dat inbreuk op zijn godsdienstzinnigheid als een zwaarder vergrijp wordt opgevat

Ook in de rechtspraak zijn ontwikkelingen aanwijsbaar die bij toepassing kunnen leiden tot een sterker verdisconteren van de gevolgen van

64 Zie J de Hullu, I M Koopmans & Th A de Roos, *Het wettelijk strafmaximum Een onderzoek naar het patroon van strafmaxima in het commune en het bijzondere strafrecht* Deventer 1999

een delict voor het slachtoffer. Zo biedt bijvoorbeeld de interpretatie van de causaliteitseis volgens de leer van de redelijke toerekening de mogelijkheid om – meer dan voorheen – rekening te houden met de bijzondere kwetsbaarheid van het slachtoffer, alsmede met ex post gegevens.⁶⁵ De persoonlijke ervaring van onrecht van het slachtoffer komt dus niet op de eerste plaats, maar speelt wel een rol van betekenis.

In dit verband zou ook nog aandacht kunnen worden besteed aan de vraag hoe in het strafrecht wordt omgegaan met de idee van het dragen van eigen risico en met toeval. Het denken in maatschappelijke risico's manifesteert zich niet alleen breed in het maatschappelijk leven, maar ook in het juridisch denken. In het civiele recht is deze notie reeds sterk doorgedrongen, maar ook het strafrecht ontkomt niet aan deze tendens. De invloed van het risico-denken zal met name tot uitdrukking komen in het niet meer herkennen en vervolgens erkennen van een verplichting jegens de ander volgens een reciprociteitsrelatie. De verplichting uit een genoegdoeningsrelatie kan dan – evenals in het recht – zelfs al in de intersubjectieve verhoudingen van de sociale symbolische orde worden weggerationaliseerd. Het (deels) afwentelen van risico's op partijen zal uiteindelijk de positie van het slachtoffer zowel in de reciprociteitsverhouding als in de mutualiteitverhouding van het recht kunnen verslechteren.⁶⁶ Dit onderwerp vergt echter een diepgaander behandeling dan binnen het bestek van dit preadvies mogelijk is.⁶⁷

Recapitulerend kunnen we vaststellen dat bepaalde gronden zoals die gelden voor genoegdoening ten dele zijn geïncorporeerd in de strafbaarstellingen van ons stelsel. Dat geldt in ieder geval voor onrecht in de vorm van aantasting van lijf, eerbaarheid en goed. De gronden voor strafverzwaring en objectivering van bepaalde gevolgen zijn ook deels gefundeerd op de ernst van het onrecht voor het slachtoffer en bevestigen het belang van erkenning daarvan. Daarmee kunnen zij indirect een bijdrage leveren aan genoegdoening.

65. In deze richting bijvoorbeeld W. Nieboer, G.A.M. Strijards, 'Criteria voor gevolgstoerekening', *DD* 1980, afl. 6, p. 415.

66. Overigens valt ook niet uit te sluiten dat alle verantwoordelijkheden naar de overheid worden geschoven. Zie hierover Th.A. de Roos, 'Strafrecht als risicomanagement', in E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Boom, Den Haag 2001, p. 221-234.

67. Ik volsta hier daarom met het noemen van enkele relevante literatuurverwijzingen. E. Claes, 'Rechtszekerheid, rechtsvinding en toeval in het strafrecht', *Rechtskundig Weekblad* 2001-2002, nr. 30, p. 1049-1059; C.C. van Dam, 'Smartegeld in Europees Perspectief: het verdriet van Europa', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 1991, nr. 2, p. 92-107.

III.5 De middelen van genoegdoening geplaatst in ons strafrechtelijk stelsel

Genoegdoeningsmiddelen

Met welke middelen kan men genoegdoening realiseren? In hoeverre sluiten deze vormen aan of passen die binnen het strafrechtelijk stelsel? En, zijn er wellicht in het strafrecht reeds middelen voorhanden die voldoen aan de eisen van genoegdoening?

De genoegdoeningsrelatie verplicht niet tot herstel van de oude situatie of tot financiële compensatie daarvoor. Het doel van genoegdoening ligt immers niet in herstel of een vorm van ruilrechtvaardigheid. Het doel ligt ook niet in vergelding of bestraffing. De nakoming van de verplichting uit de genoegdoeningsrelatie is gericht op herstel van de verhouding tussen partijen.

De aard van het onrecht is wel bepalend voor het ontstaan van een genoegdoeningsrelatie, maar niet bepalend voor het middel, het gebaar van genoegdoening. De ernst van het onrecht is niet bepalend voor de maat van genoegdoening.

Dit brengt met zich mee dat niet vastligt met welke middelen genoegdoening kan plaatshebben en ook niet in welke omvang. Er valt immers niet in abstracto te bepalen welk middel geschikt is om gekwetst of geschokt (rechts)gevoel te vereffenen. Bezien vanuit de aard van de genoegdoeningsrelatie, een intersubjectieve morele verplichtende relatie, moet het middel wel de kwalificatie 'tegemoetkoming', gebaar of 'offer' verdienen. Die eis impliceert wel een zekere *maat of maatvoering*: zoveel als nodig is, voldoende. Genoegdoening wordt dus gerealiseerd door een op het gekwetste (rechts)gevoel afgestemde tegemoetkoming. En die eis impliceert bijna noodzakelijkerwijs dat het gebaar van de schender persoonlijk moet uitgaan. Zo zal de essentie van genoegdoening bijvoorbeeld ontbreken in geval van 'betaling' door een verzekering.

Genoegdoening eist geen directe relatie met de waarde van de geschonden goederen, of de ernst van het feit. Daarmee ontbreekt ook iedere relatie met de mate van schuld van de dader: er hoeft geen sprake te zijn van een ruilrechtvaardigheid. Bezien vanuit het slachtoffer zal de beleving of waardering van het aangedane onrecht wel een rol spelen en wel in die zin dat die (mede) bepalend kan zijn voor de vraag wanneer voor hem de tegemoetkoming voldoet. Het belangrijkste criterium voor de aard en de maat van genoegdoening zal moeten worden gevonden in de relatie tussen dader en slachtoffer. Die relatie is er een van verwantschap op een bepaald niveau van sociale ordening. Zo kan er sprake zijn van een familieband, een groepsband, een buurtverwant-

strikt juridisch genormeerde wijze aan een herstel van de verhouding tussen verdachte/dader en slachtoffer bij te dragen. Zowel de wijkbemiddeling, dading, mediation, als Stop- en Halt-trajecten liggen dicht aan tegen morele verplichtingen op basis van een reciprociteitsverhouding, dan tegen de formele, gerationaliseerde verplichtingen op basis van het recht.⁶⁸ Genoegdoening van de dader aan een slachtoffer in deze fase is vaak bevredigender vanwege de directe aansluiting op het strafbare feit en vanwege het scala aan mogelijke – niet-geformaliseerde – middelen.

Juist omdat er veelal sprake zal zijn van een emotionele schade, een aantasting van gevoel of vertrouwen leent een financiële vergoeding zich niet zonder meer voor genoegdoening. Maar als de verplichting uit een genoegdoeningsrelatie slechts met behulp van bemiddeling door het recht kan worden gerealiseerd neemt men veelal wel genoegen met een financiële vergoeding voor immateriele schade. Deze vorm is in het civiele recht uitdrukkelijk erkend.⁶⁹ Ook in het strafrecht wordt deze vorm aanvaard voor een tegemoetkoming in de immateriele schade van de benadeelde partij (en bij de schadevergoedingsmaatregel).

III 6 Een veranderende strafrechtelijke context

III 6 1 Inleiding

Er zijn veel ontwikkelingen in en rondom het strafrecht, die ons strafrechtelijk stelsel en de strafrechtelijke concepten ter discussie stellen of dwingen tot aanpassing en nuancering daarvan. Voor een beantwoording van de gestelde vragen over de plaats van genoegdoening als concept binnen ons strafrechtelijk stelsel is het noodzakelijk het eerder geschetste beeld van ons strafrechtelijk stelsel te complementeren en te nuanceren. In het navolgende volgt een overzicht van de bedoelde ontwikkelingen. De beschrijving daarvan wordt beperkt en ‘gekleurd’ door het perspectief van de kenmerken en karakteristieken van genoegdoening.

De ontwikkelingen in en rondom het strafrecht zullen worden gevolgd door een beknopte beschrijving van de beweging van ‘restorative justice’. Die beweging sluiten enerzijds aan bij zowel theorie en praktijk van het zoeken naar alternatieven voor het strafrecht en strafrecht als

68 Hoewel zij ook dan altijd een stok achter de deur hebben.

69 Zie hiervoor onder II 3.

schap of zelfs van een relatie die slechts is gebaseerd op het onrecht zelf. Bij dat laatste kan men bijvoorbeeld denken aan een fout in het verkeer die schade heeft veroorzaakt. De relatie tussen dader en slachtoffer kan weer toekomst krijgen door de genoegdoening af te stemmen op de regels en rituelen van de desbetreffende symbolische orde. Dit betekent overigens niet dat partijen in de toekomst als de beste vrienden verder moeten kunnen. Het betekent wél dat er geen beletsel of belemmering meer aanwezig mag zijn om binnen de symbolische orde(s) waarvan zij beiden gezamenlijk deel uitmaken, de daarbinnen heersende aanspraken en verwachtingen over en weer, ten opzichte van elkaar te realiseren.

Noch de aard, noch de maat van genoegdoening kunnen dan ook verplichtend worden vastgesteld. Zo kunnen geld, berouw, een cadeau, een bekentenis, etc. in aanmerking komen. Een symbolisch gebaar kan soms volstaan, een bloemetje doet goed en een welgemeend excuus herstelt veel pijn. Misschien zal in bepaalde kringen een robbertje vechten – geïnspireerd op het oude duel – zelfs het beste aansluiten en daarom een bevredigend middel zijn. Uit diverse bronnen komt naar voren dat sommige slachtoffers al tevreden zijn met aandacht, met erkenning, met een klein gebaar of een excuus. Anderen zullen behoefte hebben aan een gesprek, uitleg. Weer anderen zullen blijven steken in wraak en wrok, waar geen enkel middel van genoegdoening tegenop is gewassen.

Genoegdoeningsmiddelen in het huidige strafrecht

Hiervoor is vastgesteld dat de symbolische orde van het recht diverse soorten reducties met zich meebrengt: morele reductie, procedurele reductie en indirecte, verticale wederkerigheid. Als het gaat om middelen die kunnen bijdragen aan genoegdoening moeten we vaststellen dat ook de middelen waarmee het strafrecht in tegemoetkoming kan bemiddelen – bijna noodzakelijkerwijze – zijn gereduceerd tot vormen ontleend aan de notie van ruilrechtvaardigheid; zoals straffen naar de mate van schuld, vergelding naar de mate van schuld, preventie binnen de grenzen van proportionaliteit en utiliteit, in betaling van schadevergoeding gebaseerd op principes van economische wederkerigheid. De strafrechtelijke middelen geven dus weinig tot geen aanknopingspunten voor de middelen waarmee genoegdoening tot zijn recht kan komen.

Toch liggen in de strafvorderlijke procedure ook mogelijkheden besloten om het slachtoffer op enige wijze tegemoet te komen. Met name in de fase direct of snel na het plegen van een strafbaar feit hebben zowel politie als OM vele mogelijkheden om op een informele, niet

'ultimum remedium'.⁷⁰ Daarnaast kan deze beweging worden beschouwd als een poging om de omgang met begaan onrecht zowel in theorie als praktijk te funderen op wezenlijk andere principes dan het strafrecht. Daarmee poogt de beweging van 'restorative justice' onder meer een antwoord te vinden op de als onbevredigend ervaren positie van het slachtoffer in het strafrecht. Deze uitweiding is wenselijk omdat diverse kenmerken van genoegdoening nauw aansluiten bij herstelrecht en omdat deze beweging verder gaat dan de beschreven ontwikkelingen in en rondom het strafrecht zelf. Ook deze beschrijving zal worden beperkt en 'gekleurd' door het perspectief van de kenmerken van genoegdoening.

III.6.2 Het publiekrechtelijk karakter onder druk

Allereerst staat het (primair) publiekrechtelijk karakter van ons strafrechtelijk stelsel behoorlijk onder druk en wordt dat karakter soms zelfs 'overschaduwd' door andere uitgangsposities. Zo ontkomt ook het strafrecht niet aan de druk van de huidige cultuur van privatisering en individualisering. Maar wellicht het meest pregnant komt deze druk op ons stelsel naar voren in het 'slachtoffer-gericht' denken, waarbinnen zowel de wetgever, als de strafrechtspleging en de strafrechtwetenschappers wordt verweten dat zij zich te weinig bekommeren om het slachtoffer.⁷¹ Inmiddels wordt zowel op het niveau van de rechtspraktijk, als de regelgeving en de strafrechtstheorie getracht de betrekking tussen overheid en slachtoffer zowel conceptueel als feitelijk meer inhoud te geven. We zien deze ontwikkeling in de rechtspraktijk onder meer in een toenemende aandacht van de rechter ter terechtzitting voor de behoeften van het slachtoffer.⁷² Als voorbeeld kan dienen dat de rechter het slachtoffer toestaat om tijdens de terechtzitting het woord te voeren. Daarnaast is zichtbaar dat de rechter bij de keuze voor strafmaat en strafsoort zijn betrokkenheid bij het slachtoffer vaker 'een plaats geeft' en dat explicieter dan voorheen in zijn strafmo-

70. Ik doel hierbij onder meer op het abolitionisme en de verschuiving naar bestuursrechtelijke handhaving. De theoretische basis voor deze ontwikkelingen in Nederland is gelegd door L H C Hulsmann.

71. De meest vergaande uitwerking daarvan vindt men bij Hans Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap, De morele betekenis van criminaliteit in een postmoderne cultuur*, diss. UvA 1993, SUN, Nijmegen 1993. Zie voor een strafrechtstheoretische benadering A C 't Hart, 'Straf, recht en waarden', alsmede Y Buruma, 'Victimalisering van het strafrecht', beide in M Moerings (red.), *Hoe punitief is Nederland?*, Arnhem 1994.

72. Zie hierover bijvoorbeeld R. Kool, M Moerings en W Zandbergen, *Recht op schrift, Evaluatie projecten Schriftelijke slachtofferverklaringen*, Kluwer 2002.

tivering tot uitdrukking brengt. De Nederlandse rechtspraktijk wordt bovendien 'gestimuleerd' door uitspraken van het EHRM, dat op eigen wijze het slachtoffer een niet te verwaarlozen positie toedeelt.⁷³

Ook op het terrein van de regelgeving wint het slachtoffer aan terrein ten opzichte van de overheid. Als voorbeeld kunnen dienen de slachtofferrichtlijnen voor politie en Openbaar Ministerie en de Europese richtlijnen voor de benadering van slachtoffers in het strafrecht.⁷⁴

Ook de recente veranderingen in de regeling voor beklag tegen niet-of niet verdere vervolging geven uitdrukking aan de terreinwinst van het slachtoffer ten opzichte van de monopoliepositie van de overheid.⁷⁵ Inmiddels is in de Tweede Kamer een initiatiefwetsvoorstel voor spreekrecht voor het slachtoffer aanvaard.⁷⁶

Ook aan de strafrechtswetenschap is het veranderend oordeel over de (primaire) publiekrechtelijke positie van ons strafrecht niet voorbijgegaan. Men treft een kritische aandacht voor die positie onder meer in de (rechts)theoretisch georiënteerde literatuur over de positie van de vrouw als slachtoffer van seksueel geweld, in beschouwingen over de taak van de strafrechter en in de 'relationele interpretaties' van recht, rechtsbescherming en rechtshandhaving geïnspireerd op het gedachtegoed van 't Hart.⁷⁷

73 Zie hiervoor onder meer C.P.M. Cleiren, 'De anonieme getuige: een vervolgsverhaal, annotatie bij EHRM 26 maart 1996, Doorson', AA september 1996, p. 585-590.

74 Zie de 'Aanwijzing Slachtofferzorg van het Openbaar Ministerie', *Stcrt.* 1999, 141, voor Europese richtlijnen zie de mededeling van de Europese Commissie *Crime Victims in the European Union- Reflexions on Standards and Action*, Brussels, 14 juli 1999, 349.

75 Zie hiervoor met name de meest recente wetswijziging van 1 november 2001, *Stb.* 2001, 531, in werking getreden op 1 mei 2002.

76 Voorstel van wet van de leden Dittrich en Schonewille tot wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Strafvordering (invoering van spreekrecht voor slachtoffers en nabestaanden), Kamerstukken II, 2000/2001-2001/2002, 27 632.

77 Zie voor literatuur over slachtoffers van seksueel geweld vele publicaties van Heikelen Verrijn Stuart, van Renée Kool en van Katinka Lunnemann. Voor beschouwingen over slachtoffers en de taak van de strafrechter vele publicaties van M.S. Groenhuysen en voor een – van de zojuist genoemde auteurs – sterk afwijkende mening Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter*, oratie Nijmegen 1996, Deventer 1996. Zie voor het gedachtegoed van 't Hart, onder meer A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem 1994, in het bijzonder p. 280-285, 'Strafrecht, recht en waarden', in M. Moerings e.a. (red.), *Hoe punitief is Nederland?*, Arnhem 1994, p. 31-44, De meerwaarde van het strafrecht, Den Haag, 1997, p. 116 e.v., *Hier gelden wetten, Over Strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer 2001. In en langs het spoor van dit gedachtegoed onder meer S. Gurtwirth & P. de Hert, 'Een theoretische onderbouwing voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van →

In het huidige maatschappelijk tijdsgewricht is het alleen al daarom niet meer vanzelfsprekend om over strafrechtelijke doelen, beginselen en systematiek primair te denken en deze te duiden vanuit de verticale betrekking tussen overheid en verdachte/dader, waarbij de overheid als actor steeds het monopolie heeft.

III.6.3 Herwaardering van de horizontale dimensies van strafrechtelijke functies

De verticale relatie overheid-verdachte/dader wordt ook ‘genuanceerd’ als gevolg van verschuivende opvattingen over de rol van het strafrecht ten behoeve van de rechtshandhaving. Al sinds 1970 wordt expliciet uitgedragen dat rechtshandhaving niet slechts moet zijn geïnspireerd op de wet, maar ook op het algemeen belang. Deze interpretatie van recht en rechtshandhaving biedt ruimte voor een op de maatschappelijke context gerichte inzet van het strafrecht. Enerzijds heeft deze interpretatie de afgelopen decennia een onmisbare rol gespeeld bij het verwezenlijken van het gedachtegoed van ‘het strafrecht als ultimum remedium’ en het benutten en ontwikkelen van andere handhavingstelsels. Anderzijds biedt deze interpretatie van recht en rechtshandhaving ook openingen en dus ruimte om het strafrecht vaker en intensiever in te zetten. Dit betekent overigens niet dat er geen grenzen kunnen worden gesteld aan de inzet van het strafrecht. Afgezien van de onverkort geldende eisen van legaliteit zullen de grenzen aan die inzet in ieder geval mede moeten worden ontleend aan de waarden en beginselen van onze democratische rechtsstaat.

Met name in tijden van maatschappelijke onrust, onvrede, onzekerheid en onveiligheid wordt het strafrecht vaak beschouwd en aangegrepen als hét middel voor alle kwalen. De huidige maatschappelijke situatie vormt daarvan een duidelijke illustratie. In het huidige tijdsgewricht zien we een sterke tendens om het doel van rechtshandhaving – en in het verlengde daarvan het inzetten van strafrecht – nagenoeg volledig te denken en te duiden in termen van veiligheid.⁷⁸ Boutellier introduceert hiervoor zelfs de term ‘veiligheidsutopie’.⁷⁹ Een en ander heeft

→ de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers’, *DD* 2001, p 1048-1087, M. Hildebrandt, *Straff(begrip) en procesbeginsel*, diss EUR 2002, Kluwer 2002, onder meer hoofdstuk 2.4.

78 Deze tendens kan overigens niet los worden begrepen van de genoemde cultuur van privatisering en individualisering

79 Hans Boutellier, *De veiligheidsutopie, Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag 2002

gevolgen voor de wijze waarop de strafrechtelijke rechtsbeschermingstaken worden geprioriteerd. De basis van de rechtsbeschermingstaak ligt in onze juridische staatsstructuur, waarbinnen juridische relaties tussen burgers onderling en tussen de burger en de staat als op voorhand gegeven worden beschouwd. De rechtsbeschermende taak brengt mee dat de overheid individuele rechtsbescherming op deze beide niveaus moet garanderen. De huidige 'veiligheidsutopie' leidt ertoe dat aan de bescherming van de relaties tussen burgers onderling hogere prioriteit wordt toegekend dan voorheen. Daardoor krijgt de interpretatie van strafrechtelijke handhaving binnen deze 'veiligheidsutopie' naast de verticale dimensie steeds meer een horizontale dimensie.⁸⁰

III.6.4 Herwaardering van de 'relatie' tussen slachtoffer en dader

Ook de betrekkingen tussen dader en slachtoffer zijn het laatste decennium niet aan discussie en verandering ontkomen. En ook hier zien we deze tendens zowel op het niveau van de rechtspraktijk, als de regelgeving en de strafrechtstheorie.

In de (rechts)praktijk is een ontwikkeling zichtbaar van activiteiten van zowel overheids- als particuliere instellingen om oplossingen tussen dader en slachtoffer te bevorderen en aantrekkelijk te maken. Deze activiteiten lopen uiteen van organiseren, coördineren, stimuleren en kanaliseren van wijk- en buurtprojecten, Justitie in de buurt, Halt en Stop-projecten tot bijvoorbeeld dading en mediation. Maar ook de rechter neemt een gebaar van de dader naar het slachtoffer – of het nu een financiële vergoeding behelst of een bloemetje in het ziekenhuis – vaak mee in zijn oordeel over de persoon van de verdachte en daarmee in de straftoemeting,

In de regelgeving zien we eveneens een uitdrukking van groeiend besef van het belang van enige vorm van tegemoetkoming aan het slachtoffer. Zo is tamelijk recent de schadevergoedingsmaatregel ten behoe-

80 Zie hiervoor A.C. 't Hart die een relationele opvatting van het rechtsbegrip uitwerkt en onderbouwt in de lijn waarvan rechtshandhaving een fundamenteel onderbepaald begrip is, waarbinnen rechtsbescherming op diverse niveau's gestalte kan krijgen. Vanuit deze rechtsopvatting kan en mag het strafrecht niet slechts in een verticale verhouding tussen overheid-verdachte/dader worden vormgegeven. Zie onder meer: *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, a.w.; *De meerwaarde van het strafrecht*, a.w.; *Hier gelden wetten, Over Strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, a.w. Deze visie op rechtshandhaving wordt nader uitgewerkt door M. Hildebrandt in *Straf(begrip) en procesbeginsel*, a.w.

ve van het slachtoffer ingevoerd en zijn de mogelijkheden voor het slachtoffer als benadeelde partij in het strafrecht versterkt.⁸¹

Ook in de wetenschap is het veranderend oordeel over de verhouding dader-slachtoffer zichtbaar. Dit discours is met name gecentreerd in de 'bewegingen' rondom het herstelrecht (restorative justice), de dading en de mediation.⁸²

III.6.5 Een nieuw paradigma?

Hoewel de benoemde kenmerken en karakteristieken van genoegdoening niet goed aansluiten op ons strafrechtelijk stelsel, zou het veel te eenvoudig zijn om te concluderen dat de notie van genoegdoening op grond daarvan voor het strafrecht geen interessante notie is. De beschrijving van de veranderingen in en discussie rondom de wezenlijke kenmerken van dat stelsel illustreren dat.

Hoewel in het strafrechtstheoretisch discours altijd wel een diversiteit aan doelen en functies van strafrecht en straffen is onderkend, ontkomen we in het huidig maatschappelijk en juridisch klimaat nauwelijks aan een zekere herwaardering van de verticale dimensies van ons strafrecht en van de primair bij strafrechtelijke handhaving betrokken 'partijen'. De tamelijk verticale verhoudingen krijgen steeds meer horizontale dimensies en de 'eendimensionale rechtbetrekking' overheid-verdachte/dader maakt plaats voor een ruimte van 'multidimensionale' betrekkingen. De strafrechtspleging heroriënteert zich als het ware op de te garanderen reciprociteitsrelaties.

Op grond van het voorafgaande kan zelfs de vraag worden gesteld of dit klimaat de voorbode vormt van een nieuw paradigma.⁸³ Vatten we het discours samen vanuit een breder perspectief, dan kunnen we immers stellen dat de rationaliteit en de proceduraliteit van ons 'klassieke' strafrecht onder grote druk staat. De eerder genoemde ontwikkelingen en verschuivingen in het denken over het slachtoffer in het strafrecht vormen daarvan een illustratie. Zij beperken zich bovendien niet

81 Deze wetgeving kwam tot stand op basis van de voorstellen van de commissie Terwee, die op 20 augustus 1985 werd ingesteld. De commissie bracht rapport uit in maart 1988: Commissie Wettelijke voorzieningen slachtoffers in het strafproces (Terwee), 's-Gravenhage 1988. De desbetreffende wet is van 23 december 1992, *Stb.* 1993, 29.

82 Herstelrecht zal in het hiernavolgende onder III 6.6 worden besproken.

83 In het besef van het regelmatig oneigenlijk gebruik van dit begrip wordt het – desondanks – hier gebruikt omdat in de meest radicale opvattingen van de herwaardering (bijvoorbeeld in de meest radicale opvattingen van 'restorative justice') inderdaad sprake zou zijn van een nieuw paradigma.

tot Nederland, niet tot Europese landen en ook niet tot het strafrecht in de betekenis van een formeel erkend strafrechtelijk stelsel.

Deze beweging heeft diverse culturele, maatschappelijke, theoretische en uit de praktijk voortvloeiende achtergronden, die niet alleen met elkaar samenhangen, maar die elkaar ook sterk beïnvloeden. Het preadvies van Zijderveld biedt een breder overzicht van deze achtergronden, zodat ik hier volsta met het noemen van enkele achtergronden die ook in Nederland hun sporen hebben nagelaten.

In brede zin passen deze achtergronden in een tendens van victimologisering van moraal en strafrecht.⁸⁴ Men zou de tendensen ook kunnen duiden in termen van een paradox van enerzijds autonomie en anderzijds kwetsbaarheid van het individu.⁸⁵ De ontwikkeling van een pluralistische samenleving, het feminisme, de ontzuiling of herziene verzuiling, de verzorgingsstaat en het 'verval' daarvan, de individualisering, alsmede het gedachtegoed van de postmodernisten, vormen een voedingsbodem voor deze victimologisering.⁸⁶ Op deze voedingsbodem heeft de groei van victimologische kennis bijgedragen tot een stevige verdieping van de benadering van het fenomeen slachtoffer.⁸⁷ Deze verdieping sluit aan op ontwikkelingen in de penologische wetenschap die de aandacht voor de maatschappelijke betekenis van de straf weer nieuwe impulsen heeft gegeven, een ontwikkeling die zich met name sterk heeft ontwikkeld vanuit de ervaringen met aanpak van jeugdige daders.

Ook de juridische – en juridisch georiënteerde – cultuur maakt natuurlijk deel uit van deze meer omvattende cultuur. Daar signaleren we in

84. H. Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap*, a.w. 1993. Zijn werk is sterk beïnvloed door het werk van R. Rorty, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

85. Onderbouwing voor deze gedachte vindt men onder andere in G.J.M. van den Brink, 'Waar komt het grote onbehagen vandaan', in: Het grote onbehagen, special *NJB* 2000, nr. 45/46, p. 2173-2178 en de daarin vermelde onderzoeken van zijn hand; Idem, *Mondiger of moeilijker. Een studie naar de politieke habitus van hedendaagse burgers*, Voorstudies en achtergronden WRR, V115; D. Garland, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1990 en P. Ricoeur, 'Morale, éthique et politique', in *Pouvoirs, Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques*, 1993, p. 5-18.

86. Zie voor verschil in opvattingen daarover het preadvies van Anton C. Zijderveld, *De wisselende aandacht voor slachtoffers, enkele cultuursociologische overwegingen* en met name zijn kritische beschouwing van de opvattingen in het werk van H. Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap*, a.w.

87. Voor de Nederlandse situatie kunnen we daarbij met name wijzen op het werk van J.J.M. van Dijk en vele onderzoeken onder verantwoordelijkheid van het WODC en het ministerie van Justitie, alsmede op de activiteiten en publicaties van M.S. Groenhuijsen.

diezelfde periode een groeiende cultuur van het claimen van recht en rechten, die – overigens op het eerste gezicht paradoxaal – samenvalt met een tendens tot de-juridisering. Een en ander vindt zijn neerslag onder meer in de beschreven verbeteringen van de positie van het slachtoffer in het strafproces, en daarnaast in de genoemde ontwikkeling van vormen van dading, mediation, schikken etc.

In ieder geval kunnen we constateren dat er sprake is van een discours waarbinnen de notie van genoegdoening niet zonder meer uit de toon valt. En, vanuit het perspectief van die ontwikkelingen zou de notie van genoegdoening wellicht zelfs een heel zinvolle bijdrage kunnen leveren aan het debat. Des te paradoxaler is het overigens om te constateren dat het slachtoffer, zijn nabestaanden en de samenleving bepaald niet meer tevreden lijken dan twee decennia terug.

III.6.6 De beweging rondom ‘restorative justice’

De laatste twee decennia hebben de hierboven beschreven ontwikkelingen naast de ontwikkelingen in en rondom het strafrecht zelf een sterke groei doorgemaakt naar een beweging die men wel samenvat onder de noemer ‘restorative justice’ of herstelrecht.⁸⁸ De theorievorming in ons taalgebied vangt aan rond 1993 in België met het onderzoek van Tony Peters en Lode Walgrave aan de KU te Leuven.⁸⁹

Er bestaat geen algemeen aanvaarde definitie van wat onder herstelrecht moet worden verstaan. Lode Walgrave omschrijft herstelrecht als volgt: een visie op recht doen die prioriteit geeft aan het herstel van de schade, leed en sociale onrust die door een misdrijf zijn ont-

88 Een handig en beknopt overzicht van deze ontwikkelingen, alsmede van daarover te raadplegen literatuur vindt men in John Blad, ‘Strafrecht en bemiddeling opkomst en toekomst van herstelrecht in Nederland’, in *Recht der werkelijkheid*, 2000, nr 2, p 51-71, Marijke Malsch en Raphaëla Carrière, ‘Dading en bemiddeling geschikt voor het strafrecht?’ In *Recht der werkelijkheid*, 1996, 1, L. Walgrave, ‘Over “Reintegrative Shaming” en restorative Justice, Een pleidooi voor klaarheid in terminologie en theorie’, *Tijdschrift voor Criminologie* 1996, 4 Overigens is ook in België veel handige (overzichts)literatuur over de beweging van het restorative justice te vinden, met name van de hand van Lode Walgrave en Tony Peters. Zie onder meer L. Dupont en F. Hutsebaut (eds.), *Herstelrecht tussen toekomst en verleden*, Liber Amicorum Tony Peters, Universitaire Pers Leuven 2001.

89 Deze theorievorming sluit overigens nauw aan bij het werk van Hulsman, die in Nederland reeds daarvoor de fundamenten van het strafrecht aan een grondige en kritische beschouwing onderwierp. Zie voor een ‘overzicht’ van zijn denken J.R. Blad, *Abolitionisme als strafrechtstheorie, Theoretische beschouwingen over het abolitionisme van L.H.C. Hulsman*, diss. EUR 1996.

staan ⁹⁰ Waar binnen het traditionele strafrecht vergelding als primair doel wordt benoemd, ligt het primaire doel van het herstelrecht dus in het herstel van de aangerichte schade. Leedtoevoeging wordt niet nagestreefd, maar kan wel een neveneffect zijn. ⁹¹ In de ogen van sommige auteurs is het mogelijk vergelding binnen de notie van restorative justice een plaats te geven. Diverse andere auteurs, waaronder de op dit terrein zeer gezaghebbende Braithwaite, delen die mening niet.

Het onrecht wordt – anders dan in het traditionele strafrecht – primair beschouwd als een conflict tussen dader en slachtoffer, waarbij de overheid slechts een secundaire rol vervult. Herstelrecht erkent zowel een individuele burger, als een instelling of de samenleving als mogelijk slachtoffer van de aangerichte schade. De aard van de schade kan zowel materieel als immaterieel zijn en ook de oplossingen kunnen in beide vormen plaatsvinden. Omdat de intentie om tot herstel te komen essentieel is, kan de oplossing zeer concreet, maar bijvoorbeeld ook symbolisch zijn. Bovendien is in samenhang daarmee de aard of de omvang van de geboden oplossing niet noodzakelijkerwijs gebonden aan de ernst van het onrecht of de mate van schuld. Binnen het traditionele strafrecht krijgt de dader zijn verdiende loon in relatie tot de ernst van het gepleegde onrecht.

Herstelrecht tracht herstel in beginsel tot stand te brengen door middel van een vrijwillig overleg tussen dader en slachtoffer, in aanwezigheid van of begeleid door een derde. Een belangrijk aspect van herstelrecht wordt daarom gevormd door het proces om de motivatie voor dat vrijwillig overleg tot stand te brengen. Deze interpretatie van herstelrecht ligt dicht aan tegen vormen van dading en mediation. De theorievorming rondom herstelrecht wordt onder meer uitgewerkt in de richting van een republikeinse strafrechtstheorie, waarin de notie 'dominion' als te beschermen doel centraal staat. In het spoor van dat gedachtegoed hangt de theorie rondom herstelrecht nauw samen met 'shaming'. ⁹²

Als de beweging van 'restorative justice' radicaal wordt opgevat, als een breed gedragen culturele beweging, als een intellectuele traditie

⁹⁰ L. Walgrave, 'Op zoek naar een kader voor een herstelrechtelijk rechtsmodel' in L. Dupont en F. Hutsebaut (eds.), *Herstelrecht Tussen toekomst en verleden*, Liber Amicorum Tony Peters, p. 579 en eerder in G. Bazemore and L. Walgrave, 'Restorative Juvenile Justice' in *Search of Fundamentals and an Outline for Systematic Reform*, in Bazemore G. and Walgrave L. (ed.), *Restorative Juvenile Justice Repairing the Harm by Youth Crime*. Criminal Justice Press 1999.

⁹¹ L. Walgrave, *Over Reintegrative Shaming en restorative Justice* a.w. 1996.

⁹² Zie in het bijzonder J. Braithwaite, *Crime Shame and Reintegration*. Cambridge University Press, 1989 en L. Walgrave a.w. 1996.

of als een politieke implicatie van een nieuwe vorm van democratie, dan zijn de consequenties ingrijpend. In die visie kan niet worden volstaan met een hervorming van ons strafrechtelijk systeem, maar zal moeten worden overgegaan tot een meer omvattende transformatie van onze juridische stelsels. Men spreekt bij die opvattingen daarom ook wel in termen van een nieuw paradigma.⁹³

Binnen de beweging van het herstelrecht wordt door diverse auteurs aandacht geschonken aan de theoretische onderbouwing van de noties van herstelrecht en de fundamentele vraag of de doelstellingen van herstelrecht niet ook binnen de procedurele en formele kaders van het 'traditionele' strafrecht kunnen worden gerealiseerd.⁹⁴ In zo een meer gematigde opvatting tracht men met behoud van de kaders van het traditionele strafrecht zo veel als mogelijk aan het doel van herstelrecht – herstel – tegemoet te komen. De hierboven genoemde verbeteringen van de positie van slachtoffers en andere belanghebbenden die de laatste twee decennia in ons stelsel zijn doorgevoerd, vormen in zekere zin een illustratie van de gematigde opvatting. Zo zijn diverse auteurs van oordeel dat herstel ook onder dwang (of drang) en in een verplichtend kader van een juridische procedure moet kunnen plaatsvinden. In die – gematigde – interpretatie liggen diverse elementen van het herstelrecht dichterbij aan tegen strafrechtelijke sanctievormen zoals de schadevergoedingsmaatregel en de werkstraf.

De belangrijkste karakteristieken van de beweging van 'restorative justice' overziend, kan worden geconstateerd dat vele van de genoemde kenmerken en karakteristieken van de notie genoegdoening daar zeer goed bij aansluiten. Zo valt vergoeding van immateriele schade binnen die kaders, is de mate van schuld niet bepalend en vervult de symboliek een wezenlijke rol. Een van de meest essentiële kenmerken van genoegdoening, namelijk herstel van de betrekking, vormt echter niet de essentie van restorative justice. Die beweging accepteert immers ook herstel in de vorm van herstel van de oude situatie of compensatie daarvoor. In die gevallen waar niet wordt tegemoet gekomen aan de eis van herstel van de relatie kan niet van genoegdoening worden gesproken.

Hoe dan ook, wil men kunnen voldoen aan alle vereisten van het ideaaltypisch model van genoegdoening, dan zal men ten minste de radicale opvatting van 'restorative justice' moeten volgen. De juridische

93 Zie hiervoor III 5.

94 Het eerder genoemde Liber Amicorum voor Tony Peters is daarvan een goed voorbeeld. L. Dupont en F. Hutsebaut (eds.), *Herstelrecht. Tussen toekomst en verleden*. Liber Amicorum Tony Peters, a.w.

stelsels zouden ingrijpend moeten worden getransformeerd. Omdat dit preadvies de notie van genoegdoening aan slachtoffers tracht te bezien binnen en vanuit de strafrechtelijke kaders, zal het vanuit het perspectief van de radicale vertegenwoordigers van 'restorative justice', niet zeer bevredigend kunnen zijn.

Overigens overlappen de grondslagentheoretische vragen waar zowel de radicale als de minder radicale vertegenwoordigers van 'restorative justice' mee worstelen en zeer actief aan werken – als gevolg van de gesignaleerde overeenkomsten – de fundamentele vragen die met betrekking tot genoegdoening aan de orde zijn.

Deel IV Meer mogelijkheden voor genoegdoening?

In deel III is de conclusie getrokken dat de constitutieve voorwaarden en omstandigheden voor genoegdoening in ons klassiek strafrechtelijk model ontbreken. Maar precies daar waar die ontbreken ligt het strafrecht onder vuur: het publiekrechtelijk karakter, de verticale relatie overheid-burger en de verwaarlozing van de 'relatie' tussen slachtoffer en dader. Het belang en de ernst van de druk op het strafrecht wordt bekrachtigd door het slachtoffer, dat roept om '*meer of anders*' recht doen. Paradoxaal genoeg lijken de reeds tot stand gebrachte versterkingen van de positie van het slachtoffer in de diverse fases van de strafvorderlijke procedure niet bij te dragen aan een grotere tevredenheid.

Er is dan ook meer dan voldoende reden om te kijken of in het strafrecht plaats kan en moet worden ingeruimd voor '*meer of anders*', voor genoegdoening. We keren daarom terug naar de vragen die in deel I zijn gesteld en recapituleren met het oog daarop de bevindingen uit het voorafgaande.

Genoegdoening als verplichting binnen een symbolische orde

Genoegdoening aan slachtoffers heeft een veel beperktere betekenis dan 'recht doen' aan slachtoffers. Het is slechts één van de mogelijkheden waarmee recht kan worden gedaan.

Het bieden van genoegdoening is een eis die voortvloeit uit de structuur en de regels van een sociale gemeenschap of verwantschapsgroep. De verplichting tot genoegdoening door de dader ontstaat binnen en volgens de structuur (symbolische orde) van een sociale gemeenschap als gevolg van een door hem begaan onrecht. De morele, intersubjectieve wederkerigheid tussen dader en slachtoffer is daardoor verstoord en moet worden hersteld.

Genoegdoening is een handeling die moet worden verricht door een dader ten opzichte van een slachtoffer om datgene weg te nemen dat aan een goede verhouding in de weg staat: een gebaar. Dat gebaar is noodzakelijk om de geschonden morele, intersubjectieve wederkerigheidsrelatie tussen dader en slachtoffer een nieuwe toekomst te bieden. Om het samenleven binnen de sociale gemeenschap waarvan zowel dader als slachtoffer deel uitmaken weer mogelijk te maken, kan genoegdoening zelfs als een morele verplichting worden gekwalificeerd. Die morele verplichting ontstaat niet louter op basis van de subjectieve ervaring van het onrecht door het slachtoffer. De aard van het onrecht is weliswaar onbepaald, maar binnen de betreffende symbolische orde en de context moet het gebeurde wel als onrecht gelden. Kortom, genoegdoening geeft door herkenning en erkenning van het onrecht én het slachtoffer de relatie tussen dader en slachtoffer een toekomst.

De symbolische orde van het recht

Het recht staat niet neutraal ten opzichte van dergelijke sociale verbanden, noch ten opzichte van die morele wederkerigheidsrelaties. Waarden en normen uit sociale verbanden krijgen in een democratische rechtsstaat immers een neerslag in het recht.

Zoals gezegd vormt het recht een (partiële) symbolische orde, een instantie die tussen 'vreemden' kan bemiddelen. De ruimte van het recht bestaat uit een geheel van waarden, normen, procedures, begrippen en beginselen die een gemeenschappelijke referentiekader en een gemeenschappelijke taal opleveren: de symbolische orde van het recht. De taal en de begrippen waarmee de ordening is vormgegeven vormen dus een uitdrukking van gemeenschappelijkheid, zij worden geacht door een ieder te zijn aanvaard. In deze zin biedt het recht een openbare en kenbare geconstrueerde ruimte met een zeker gezag en waardigheid. Daarbinnen biedt het recht de mogelijkheid om over een maatschappelijk geschil te communiceren en debatteren. De procedures die het recht daarvoor creëert en de rituelen waarvan het zich bedient kunnen niet worden gemist in dat debat. Zij vormen niet alleen de kaders, maar deels ook 'de taal' van het recht.

Het juridisch debat is dus gekleurd door de orde van het recht, het is geabstraheerd van de alledaagse werkelijkheid. Daarin ligt enerzijds de kracht van het recht: communicatie wordt mogelijk gemaakt en het debat is gericht op beëindiging van het conflict. Het recht heeft juist daar een onmisbare betekenis. Maar anderzijds ligt daar ook de beperking – of wil men het noemen de zwakte – van het recht. De affectieve en sociale wederkerigheid van de onderliggende verhoudingen tussen

betrokkenen bij een conflict komt in het recht slecht getransformeerd aan de orde. En ook al zijn de waarden, normen, beginselen en wederkerige relaties uit andere symbolische ordes zo veel als mogelijk opgenomen in het recht, het recht kan die structuren, regels en rituelen slechts met haar eigen taal en haar eigen gesublimeerde, procedurele en geritualiseerde vormen tot uitdrukking brengen en realiseren. Zo zijn de juridisch gegarandeerde normen het resultaat van een selectie binnen het democratisch proces van wetgeving. En daar komt bij dat niet alle sociale- en morele normen en verplichtingen zich lenen voor transformatie naar het niveau van de symbolische orde van het recht. Het karakter van een artificieel geconstrueerde orde, gericht op rechts-subjecten en beperkt tot een geformaliseerde taal, geformaliseerde procedures en vastliggende rituelen leent zich nu eenmaal niet voor het realiseren van alle menselijke gevoelens en ervaringen.

De realisering van genoegdoening binnen de symbolische orde van het recht

Zoals de wraak door het recht is getransformeerd tot een juridisch genormeerde en geaccepteerde vorm van proportionele vergelding, zou in theorie ook genoegdoening kunnen zijn getransformeerd en geformaliseerd in de juridische strafrechtelijke structuur. Genoe-gdoening bleek evenwel in zijn ideaaltypische vorm niet in ons strafrechtelijk stelsel te zijn terug te vinden. De kern van de oorzaak werd gevonden in de discrepantie tussen de mogelijkheden van ons rationele/formele klassieke strafrechtelijk stelsel en de constitutieve omstandigheden en voorwaarden waarbinnen genoegdoening als een niet juridische categorie kan gedijen.

De verplichting tot tegemoetkoming aan onrecht door de dader aan het slachtoffer is hoe dan ook een verplichting binnen de symbolische orde van sociale verwantschap. Deze morele verplichting heeft slechts op een zeer indirecte en gereduceerde wijze zijn neerslag gekregen in de symbolische orde van het recht: het gerationaliseerde, formele stelsel van strafrechtelijke betrekkingen. Kortom, de genoegdoeningsrelatie tussen dader en slachtoffer/nabestaanden/samenleving wordt weliswaar door het strafrecht bemiddeld, maar het resultaat is marginaal. Op grond van de analyse in deel III moet worden geconstateerd dat de mogelijkheden van het strafrecht sterk zijn beperkt, als gevolg waarvan het slachtoffer tevreden moet zijn met een vorm van 'gesublimeerde' genoegdoening. De constitutieve voorwaarden en omstandigheden voor genoegdoening worden in het juridisch strafrechtelijk kader slechts marginaal gegarandeerd. Zo werd geconstateerd dat de mogelijkheid om genoegdoening daadwerkelijk te realiseren wordt

beperkt door de 'morele reductie', de procedurele reductie, het publieke karakter, het indirecte karakter en het verticale (hiërarchische) karakter. Waar wél genoegdoeningsaspecten in het strafrecht herkenbaar zijn, bleek het resultaat daarvan sterk te moeten worden gerelativeerd, als gevolg van het genoemde indirecte en verticale karakter van de wederkerigheidsrelaties. Zo is overwogen dat een vergoeding van immateriële schade aan de benadeelde partij als genoegdoening zou kunnen worden begrepen. Tegelijkertijd bleek echter dat deze – reeds zeer beperkte – mogelijkheid door de wetgever is 'ontdaan' van een voor genoegdoening essentieel aspect, zoals een ontmoeting tussen de betrokken partijen, dader en slachtoffer.

De roep van het slachtoffer en de samenleving om 'meer en anders' recht doen

De morele verplichting tot genoegdoening door de dader ontstaat binnen en volgens de structuur van een sociale gemeenschap, als gevolg van een door hem begaan onrecht. De morele, intersubjectieve wederkerigheid is door het onrecht verstoord en moet worden hersteld. In beginsel zal de sociale gemeenschap of de symbolische orde waarbinnen het onrecht zich heeft afgespeeld regels en normen kennen waarlangs herstel van de relatie tussen haar leden (dader en slachtoffer) zou moeten kunnen worden gerealiseerd. De sociale werkelijkheid is helaas vaak weerbarstiger. Onze huidige samenleving kenmerkt zich door een grote diversiteit, een grote complexiteit en zeer heterogene groepen. Onder die omstandigheden blijken de relaties tussen mensen vaak zo heterogeen en zo weinig 'wederkerig' dat genoegdoening binnen de sociale context niet wordt of niet kan worden gerealiseerd. Als deze informele wegen tekort schieten groeit het beroep op de juridische orde. De actuele onvrede over het strafrecht binnen de samenleving kan waarschijnlijk mede aan de huidige belemmeringen en hindernissen in de informele wegen (van de niet-juridische symbolische ordes) worden toegeschreven.

Kan het recht meer bijdragen aan genoegdoening?

Wat kan het recht? Kan het strafrecht bijdragen aan het herstel van een geschonden intersubjectieve relatie, moet het dat beogen en tot op welke hoogte?

In het voorafgaande is duidelijk geworden dat de belangrijkste belemmeringen om aan genoegdoening bij te dragen liggen in een aantal beperkende constitutieve voorwaarden en omstandigheden van het recht: de 'morele' reductie, de procedurele reductie, het publieke karakter, het indirecte karakter en het verticale (hiërarchische) karakter.

Kortom, genoegdoening is dan wel een eis van moraal en een eis van gerechtigheid, maar daarmee nog niet zonder meer een eis van het (straf)recht. Op deze vaststelling volgen diverse vragen. Allereerst rijst de vraag of het recht zodanig ingrijpend zou moeten worden veranderd of getransformeerd dat de notie genoegdoening uit de symbolische orde van sociale verbanden volledig in de symbolische orde van het recht zou worden verwerkt. Zo nee, dan rijst de vraag of de morele, intersubjectieve eis van genoegdoening een zodanige is dat deze wel bij wettelijke strafrechtelijke regelingen zou moeten worden gewaarborgd. Zo nee, zouden de strafrechtelijk organen die eis van genoegdoening als aanvullende eis van recht kunnen of wellicht zelfs moeten beschouwen? En zo ja, waar ligt de grens voor zo een doorwerking van eisen uit andere symbolische ordes?

Transformatie van het recht?

De eerste vraag die om beantwoording vraagt is of het recht zodanig ingrijpend zou moeten worden veranderd of getransformeerd dat de notie genoegdoening uit de symbolische orde van sociale verbanden volledig in een (nieuwe) symbolische orde van het recht zou kunnen worden gerealiseerd. Deze vraag kan zeer kort worden beantwoord. Afgezien van de vraag of zo een transformatie mogelijk is, geven de conclusies over de beperkte realisatie van genoegdoening binnen het strafrecht geen aanleiding om een totale transformatie van onze rechtsorde te bepleiten zoals in de meest radicale vorm van 'restorative justice' wel wordt betoogd. De analyse over genoegdoening doet namelijk niets af aan het belang van de overige doelen en belangen waar het strafrecht voor staat: de strafrechtelijke bescherming van de rechtsorde in al zijn facetten. De wijze waarop het strafrecht dankzij deze opdracht kan bemiddelen in conflicten tussen rechtssubjecten is in belangrijke mate toe te schrijven aan het publiekrechtelijke karakter en het machtsmonopolie dat de overheid bij wet is toebedeeld. Indien deze randvoorwaarden van het strafrechtelijk stelsel zouden worden verlaten om meer aan de behoefte aan genoegdoening te kunnen tegemoetkomen, zullen andere doelen van het strafrecht onvermijdelijk in de verdrukking komen. De voordelen daarvan zouden, gezien vanuit de gemeenschap als geheel, niet opwegen tegen de nadelen.

Wettelijke inbedding van genoegdoening?

De tweede vraag die aan de orde is, is of de morele, intersubjectieve eis van genoegdoening een zodanige is dat deze bij wettelijke strafrechtelijke of strafvorderlijke regelingen zou moeten worden gewaarborgd. Genogdoening is maar één van de behoeften die leeft onder

burgers en slachtoffers. Omdat de prioriteiten in hun belangen kunnen en zullen verschuiven is een wettelijke oplossing niet altijd de meest verkieslijke. Zolang het recht voldoende 'openheid' bezit om de veelheid en diversiteit aan belangen afhankelijk van en afgestemd op de maatschappelijke context te interpreteren, verdient die weg de voorkeur.

Maar er is meer. Genoegdoening is een verplichting die voortvloeit uit een andere orde dan het recht. Zowel de kwalificatie van het gebeuren als onrecht, als de middelen waarmee genoegdoening kan worden gerealiseerd, zijn daarmee afhankelijk van de regels, normen, waarden en rituelen van de orde waarbinnen dader en slachtoffer elkaar ontmoeten. De daaruit voortvloeiende genoegdoeningsrelatie is gebaseerd op de waarden, normen en de taal van die orde. Een vertaling van de daaruit vloeiende verplichtingen naar de wettelijke taal en de strikt formele orde van het recht is – in het licht van de eerder getrokken conclusies – gedoemd te mislukken. Alle genoemde vormen van reductie (de 'morele reductie', de procedurele reductie, het publieke karakter en de indirecte, verticale verhoudingen) staan als het ware garant voor een onoverbrugbare discrepantie. De vraag naar de wenselijkheid van zo een inbedding is dan ook eigenlijk geen realistische vraag.

Biedt de symbolische orde van het recht ruimte?

De derde vraag die om beantwoording vraagt is, of en hoe de strafrechtelijke organen de eis van genoegdoening als aanvullende eis van recht zouden kunnen of wellicht zelfs zouden moeten beschouwen. En zo ja, waar ligt de grens voor zo een doorwerking van eisen uit andere symbolische ordes?

Er valt niet aan te ontkomen dat genoegdoening langs de weg van het recht altijd bloot staat aan enige vorm van 'morele reductie'. Toch zijn de gememoreerde beperkingen op de inbedding van sociale waarden, normen en beginselen in de geformaliseerde juridische orde minder 'hard' dan men wellicht zou verwachten op grond van het strafvorderlijk en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Immers, in onze democratische rechtsstaat wordt recht gedaan overeenkomstig de eisen van de wet, maar niet zonder inachtneming van de beginselen van de democratische rechtsstaat. Uit die beginselen vloeit onder meer voort dat de doelen van het strafrecht en de taak tot rechtshandhaving niet statisch zijn. Zo hebben we gezien dat de interpretatie van het begrip rechtshandhaving mede wordt bepaald door de maatschappelijke context en de daarbinnen spelende belangen. En daarnaast brengen die beginselen bijvoorbeeld mee dat beginselen van een goede procesorde

in acht moeten worden genomen. De daarin besloten aanvullende normen gelden voor alle bij de strafrechtspleging betrokken organen, de rechter daaronder begrepen. Die organen hebben dus niet alleen de bevoegdheid, maar ook de plicht om hun taken te vervullen in overeenstemming met wet, recht en de beginselen van de democratische rechtsstaat. Dat genoegdoening geen deel uitmaakt van de wettelijk gegarandeerde eisen van recht betekent dus niet dat er geen enkele ruimte is voor realisering van die notie. De bedoelde openheid van het recht is evenwel niet oneindig. De te beschermen belangen kunnen weliswaar variëren in het licht van de maatschappelijke context en aldus ook een andere prioriteit krijgen, maar niet alleen de ruimte, maar ook de grenzen zullen in en binnen de beginselen van de democratische rechtsstaat moeten worden gevonden. Het is dus een vrijheid in gebondenheid.

Kortom, hoewel de constitutieve voorwaarden en omstandigheden voor genoegdoening binnen de juridische strafrechtelijk orde erg beperkt zijn, biedt het strafrechtelijk stelsel ook mogelijkheden. Deze conclusie sluit goed aan op de conclusie in het voorafgaande (III.3.1) dat er naar zijn aard niets aan in de weg staat om de functie van genoegdoening te benutten in een strafrechtelijke verhouding en ten behoeve van strafrechtelijke rechtshandhaving.

De derde vraag die we ons stelden kan daarom worden aangevuld met een positiever benadering van genoegdoening: kan de autonome functie van het strafrecht worden verrijkt door genoegdoening te benutten als middel ten dienste van rechtshandhaving?

Allereerst biedt de ruimte tot interpretatie van de rechtshandhavingstaak gelegenheid aan politie en Openbaar Ministerie om de beschermingsfunctie die daarin ligt begrepen zodanig te interpreteren dat ook genoegdoening aan slachtoffers daaronder wordt begrepen. Daarmee kan de behoefte van het slachtoffer aan genoegdoening meer recht worden gedaan. Deze opvatting wordt door 't Hart uitgewerkt onder de noemer van de relationele opvatting van het rechtsbegrip.⁹⁵ De vraag is of en hoe een dergelijke 'open' en brede interpretatie van rechtsbescherming en de rechtshandhavingstaak zou kunnen bijdragen aan de realisering van genoegdoening binnen het strafrecht. Ingeval men – ten behoeve van de rechtshandhavingstaak – geen afbreuk wil doen aan het primair publiekrechtelijke karakter van het strafrecht en het vervolgingsrecht en vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie in stand wil houden zullen de mogelijkheden voor genoegdoe-

95. Zie noot 77.

ning beperkt blijven. Alle genoemde reducties blijven dan namelijk in stand, zodat de discrepantie met de symbolische ordes waarin de genoegdoeningsverplichting aan de orde is, groot blijft. Dit geldt zowel voor de politie, als het Openbaar Ministerie en de rechter. Toch blijkt de rechtspraak hier nieuwe mogelijkheden te kunnen aanboren: mogelijkheden die de horizontale wederkerigheidsrelaties bevorderen zonder afbreuk te doen aan het vervolgingsrecht of vervolgingsmonopolie, noch aan het publiekrechtelijke karakter van het strafrecht. Een voorbeeld kan dit toelichten. Naarmate de rechtshandhaving sterker wordt geïnterpreteerd in de betekenis van 'veiligheid', zoals in de huidige maatschappelijke omstandigheden, groeit de mogelijkheid om de horizontale relaties tussen dader en slachtoffer mee te begrijpen in de interpretatie van de rechtbeschermende functie. Langs deze weg kan bijvoorbeeld een bepaalde invulling van leerprojecten, arbeid ten algemene nutte, haltprojecten, bemiddelingstrajecten en mediation bijdragen aan genoegdoening. De genoegdoeningsfunctie zal sterker zijn naarmate de vorm dichter aanligt tegen de kenmerken van het ideaaltypisch beeld van genoegdoening. Dat impliceert dat die functie optimaler zal zijn indien de wederkerigheidsrelaties niet te indirect zijn. Zo valt slachtofferhulp zonder inbreng van de dader niet als genoegdoening te kwalificeren, terwijl het informeren van het slachtoffer over te nemen stappen onder bepaalde omstandigheden wél aan genoegdoening zou kunnen bijdragen. De praktijken van politie en Openbaar Ministerie tonen inmiddels diverse creatieve wegen waarmee de wederkerigheid in de verhouding tussen dader en samenleving of dader en slachtoffer wél wordt hersteld of kan worden versterkt. Dat deze brede interpretatie van de taak van politie en Openbaar Ministerie onder de huidige maatschappelijke omstandigheden onder strafrechtelijk handhaving van de rechtsorde wordt begrepen impliceert overigens niet dat deze taken altijd aan deze organen zullen zijn of blijven voorbehouden. Want precies deze werkterreinen vallen niet dwingend onder de eerder genoemde autonome functie van het strafrecht en zouden dus door andere organen kunnen worden 'bezet' of geclaimd. De rechter, als sluitstuk van de strafrechtelijke keten, kan wellicht het meest worden aangesproken op de taak om alle belangen en dus ook die van het slachtoffer mee te wegen. Het is immers ook zijn taak om het conflict als een onpartijdige derde af te sluiten en daarmee een formele vereffening tot stand te brengen.⁹⁶ Zijn mogelijkheden om elementen van de genoegdoeningsfunctie te realiseren zijn evenwel niet zeer ruim. De oorzaken liggen besloten in de eerder beschreven

96 Zie voor een uitwerking van deze gedachte mijn oratie, *Geding buiten geding* a w

constitutieve voorwaarden en omstandigheden die het strafrecht biedt. De procedurele reducties, het ontbreken van welke vorm van wederkerigheid dan ook tussen verdachte/dader en slachtoffer ter terechtzitting en het hiërarchische karakter van zijn eigen rol veroorzaken een grote discrepantie tussen zijn mogelijkheden en de genoegdoeningsfunctie. Meer geconcretiseerd kan worden gewezen op de procedurele voorschriften waarlangs het proces ter terechtzitting is vormgegeven, het ontbreken van wettelijk gewaarborgde rituelen die passen op de aard van een genoegdoeningsrelatie, het gegeven dat de partijen bij een genoegdoeningsrelatie veelal niet beide gelijktijdig op de terechtzitting aanwezig zullen zijn, het gegeven dat in ons stelsel de verdachte/dader geen verplichting is opgelegd om bij het proces tegenwoordig te zijn, het gegeven dat het slachtoffer niet in de hoedanigheid van slachtoffer maar 'slechts' als benadeelde partij of als getuige een rol is toebedeeld, het feit dat de rol van de rechter wel juridische relaties kan bemiddelen en transformeren in een beslissing, maar geen persoonlijke relaties. We zullen ons in het navolgende dus moeten richten op de vraag of de belemmeringen als gevolg van de beperkingen enigszins kunnen worden teruggedrongen of worden omzeild. Daarbij kan worden gedacht aan bestaande procedurele mogelijkheden, alsmede aan meer informele mogelijkheden, vormen en rituelen, passend bij de symbolische orde van het recht, die kunnen worden benut met het oog op aspecten van genoegdoening.

Het belang van de openbare erkenning

Kunnen de gevolgen van de beperkingen van het strafrecht enigszins worden teruggedrongen? Zijn er procedurele mogelijkheden, informele mogelijkheden, vormen en rituelen die kunnen bijdragen aan genoegdoening? Deze vraag kunnen we niet beantwoorden zonder eerst te bezien wat daarmee dan wél kan worden bereikt.

Het belang van het benutten van dergelijke op zichzelf marginale mogelijkheden om aan genoegdoening bij te dragen, ligt met name in de openbare erkenning: een openbare erkenning van het bestaan van een genoegdoeningsrelatie of genoegdoeningsverplichting, en wel door een met gezag beklede organisatie. Gezag niet alleen voor de leden van de sociale gemeenschap of verwantschapsgroep waarbinnen het gebeuren als onrecht geldt, maar gezag ontleend aan de gehele gemeenschap. Nu kunnen we in de huidige maatschappelijke omstandigheden het gezag van politie, Openbaar Ministerie en rechter misschien niet meer beschouwen als door een ieder als vanzelf aanvaard. Dat kan gevolgen hebben waar het gaat om de rol die deze organen in het kader van genoegdoening zouden kunnen spelen. De

morele wederkerigheidsrelaties die tot genoegdoening verplichten bleken in het recht conceptueel moeilijk te funderen.⁹⁷ Die relaties bleken kwetsbaar, in het bijzonder daar waar er sprake is van sterk verticale machts- en hiërarchische verhoudingen. De wederkerigheid in die relaties berust volgens Salet uiteindelijk op gezag en vertrouwen. En waar dat er niet is of ter discussie staat blijft genoegdoening in het recht zeer kwetsbaar.

Laten we desalniettemin bezien welke rol de openbare erkenning zou kunnen vervullen. Ook al reikt de bevoegdheid of de macht van het Openbaar Ministerie en de rechter niet zover dat ze genoegdoening kunnen bewerkstelligen, de openbare erkenning van de genoegdoeningsrelatie kan wél de basis of een aanknopingspunt bieden voor de vereiste tegemoetkoming op het niveau van de morele, intersubjectieve relatie. Maar dat niet alleen. Ook voor de samenleving als geheel is de erkenning van de genoegdoeningsrelatie van essentieel belang. Ook al is het recht beperkt in zijn mogelijkheden, het kan wel een functie vervullen daar, waar men binnen de samenleving niet of niet volledig in staat blijkt om de morele verplichtingen te articuleren en in aansluiting daarop te vervullen. Het bevestigen van de geschonden rechtsnorm en het plaatsvervangend herkennen en erkennen van de daaronder begrepen morele verplichting (bijvoorbeeld door de rechter) kan een onmisbare bindende functie in de samenleving vervullen. De openbare erkenning van de genoegdoeningsverplichting dient daarmee een belang dat het belang van de concrete zaak ver overstijgt. Juist waar het gezag van Openbaar Ministerie en rechter niet steeds als vanzelf gegeven wordt aanvaard, kan zo een attitude wellicht zelfs bijdragen aan het behoud van het noodzakelijk gezag en vertrouwen in de justitiële organen en de rechter. Hieraan kan worden toegevoegd dat openbare erkenning van de genoegdoeningsverplichting niet hoeft te zijn beperkt zijn tot concrete handelingen of beslissingen, maar mede tot uitdrukking kan worden gebracht door bepaalde handelingen of beslissingen achterwege te laten of door een bepaalde attitude. Op deze wijze kan genoegdoening inderdaad een bijdrage leveren aan rechtshandhaving.

Een enkel voorbeeld

Diverse bestaande procedurele mogelijkheden uit het Wetboek van Strafvordering kunnen – indien gewenst – mede worden benut om de behoefte aan genoegdoening meer recht te doen.

97. Zie deel III.2.2.

Allereerst is daar natuurlijk het requisitoir van het Openbaar Ministerie. In veel gevallen wordt dat requisitoir al benut om de ernst van het delict voor slachtoffer en samenleving te benadrukken. Waar mogelijk zou kunnen worden getracht de indirecte en verticale wederkerigheid die nu eenmaal eigen is aan het strafrecht ook voor de verdachte en een aanwezig slachtoffer te verhelderen en daarmee de directe wederkerigheid tussen de twee betrokkenen te bekrachtigen.

De rechter zou de wederkerigheid in de relatie tussen verdachte/dader en slachtoffer onder omstandigheden kunnen bevorderen door te bevelen dat de verdachte in persoon moet verschijnen en eventueel zijn medebrenging te gelasten (art. 278 lid 2 WvSv). De strafmotivering en de openbare voorlezing van het vonnis kunnen in daarvoor in aanmerking komende gevallen door de rechter worden benut om de wederkerighedsrelatie tussen veroordeelde en slachtoffer te benadrukken. De motivering in het vonnis mag echter niet zo ver gaan dat daarmee het essentiële karakter van beslissing van de rechter – een machtswoord dat een einde maakt aan het debat – verloren gaat. Maar een vonnis hoeft ook niet bij te dragen aan het beeld dat met de opgelegde straf de morele verplichting van de veroordeelde ten opzichte van het slachtoffer vervalt.

Het creëren van spreekrecht voor het slachtoffer kan valse illusies wekken als het om genoegdoening gaat. Met het spreken zelf wordt de genoegdoening namelijk nog niet gediend. Om enigszins aan genoegdoening te kunnen bijdragen zal de verdachte ten minste aanwezig moeten zijn bij de uitoefening daarvan. Maar dan nog is er geen gebaar van de verdachte/dader naar het slachtoffer, zoals vereist voor genoegdoening, maar omgekeerd. Genogdoening zal dan mede afhangen van het feit of de verdachte/dader reageert op het gesprokene en er herkenning en erkenning van het onrecht én het slachtoffer (vereist voor genoegdoening) uit zijn reactie blijkt. Reageert de verdachte/dader niet of niet naar wens of verwachting van het slachtoffer, dan is het slachtoffer verder van huis dan daarvoor. Iedere hoop op genoegdoening op het niveau van de sociale verwantschap in een latere fase is dan verdwenen. Dit doet niet af aan het belang van de openbare erkenning die ligt besloten in de geboden mogelijkheid tot spreken. De rechter kan immers alleen al door het bieden van de mogelijkheid om te spreken bijdragen aan de openbare erkenning van een genoegdoeningsrelatie. Dat is een waarde op zichzelf. Zijn invloed op het uiteindelijke genoegdoeningresultaat is echter marginaal.

De waarde van het strafgeding

Er zijn, naast de reeds genoemde voorbeelden die de rechter en het Openbaar Ministerie ter beschikking staan, meer mogelijkheden om genoegdoening te versterken. De kern daarvan valt te herleiden tot de betekenis die toekomt aan de rol van de rechter in het openbare strafgeding.⁹⁸ De rechter richt zich niet op het oplossen van gevoelens van wraak of op verzoening of op genoegdoening, maar brengt het conflict tussen dader en samenleving en dader en slachtoffer op een juridisch niveau tot oplossing. Hoewel de eerste betekenis van het strafgeding en het oordeel van de rechter dus noodzakelijkerwijs zijn beperkt tot het niveau van de reciprociteitsverhoudingen, mag het belang van het geding en de rol van de rechter niet worden onderschat. Met een veroordeling richt hij zich niet primair op herstel van de oude situatie, maar op herstel van de positie van de veroordeelde als rechtssubject, als lid van de gemeenschap. Het slachtoffer wordt door zijn uitspraak een door de samenleving erkend slachtoffer. De uitspraak van de rechter brengt samenleving/slachtoffer en dader in die zin bij elkaar dat zij op het niveau van het recht weer gaan behoren tot dezelfde gemeenschap, de gemeenschap van het recht. Daarmee ontstaat nog geen genoegdoening of verzoening, maar er ontstaat wel ruimte voor een nieuwe, gezamenlijke toekomst. Dat aspect van de veroordelende uitspraak komt overeen met één van de belangrijke kenmerken van genoegdoening, namelijk gerichtheid op de toekomst.

Hoewel het geding en de uitspraak zich niet richten op de intermenselijke gevoelens en behoefte aan genoegdoening kunnen zij daaraan wel bijdragen. Een en ander gaat echter niet vanzelf. De ruimte van het recht, de taal en de rituelen die de rechter dankzij de symbolische orde van het recht ter beschikking staan, zijn essentieel om aan deze behoefte te kunnen bijdragen.⁹⁹ De mogelijkheden die daarmee aan de rechter worden geboden, dragen bij aan het vertrouwen in en gezag van de rechtspraak. En dat gezag en vertrouwen is – zo bleek in het voorafgaande – noodzakelijk voor het overbruggen van de discrepan-

98 Deze gedachtegang werkte ik uitvoeriger uit in mijn oratie *Geding buiten geding*, a w deel VI

99 In mijn zojuist gememoreerde oratie benoem ik deze voorwaarden als het forum, het decorum en de potentie van het recht. Inspiratie voor de betekenis van deze rol van rechter en strafgeding vindt men onder meer bij D. Salas, *Du procès pénal Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris, Presses Universitaires de France 1992 en bij P. Ricoeur, *The Just*, Chicago/London, The University of Chicago Press 2000, in het bijzonder p. 127-146. Zie ook A. M. Hol, 'Conflictbeslechting – Rituelen en praktijken', in P. P. Rijkema, J. Tichelaar (red.), *Grondslagen van het recht 2, achtergronden*, Den Haag 2002.

tie tussen de indirecte en verticale wederkerighedsrelaties van het strafrechtelijk stelsel en de mutualiteitsrelaties uit de niet-juridische symbolische ordes. De ruimte van het recht, de taal en de rituelen vormen de juridische constitutieve voorwaarden waarmee de rechter aan genoegdoening kan bijdragen. Het is aan hem om deze mogelijkheden optimaal te benutten. En in het voorafgaande is duidelijk geworden dat het strafrecht op dat punt meer openheid biedt dan men op grond van de beperkingen van het strafvorderlijk en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel zou verwachten.¹⁰⁰

Tot slot

In het eerste en derde interimrapport van het Onderzoeksproject Strafvordering 2001 wordt zeer ruim aandacht besteed aan het slachtoffer in het strafproces.¹⁰¹ Daarbij worden principiële keuzes niet geschuwd en vele – ook tamelijk concrete – voorstellen gedaan ter verbetering van de positie van het slachtoffer in ons strafproces. Diverse voorstellen ten behoeve van slachtoffers passen in de hier bedoelde attitude om de morele wederkerighedsrelatie tussen dader en slachtoffer in het strafrecht in het openbaar te erkennen en bekrachtigen en waar mogelijk de vervulling van de genoegdoeningsverplichting te bevorderen. De diepgang en omvang van dat onderzoek rechtvaardigen om binnen het beperkte kader van dit preadvies te volstaan met een verwijzing naar de concrete en meer uitgewerkte voorstellen die in dat onderzoeksproject tot uitdrukking zijn gebracht. Daarbij past echter wel een waarschuwing, die rechtstreeks voortvloeit uit de in dit preadvies omlinnde betekenis van genoegdoening. Verbetering van de positie van het slachtoffer in het strafrecht is niet identiek aan genoegdoening. Genuegdueening verwijst immers niet naar het slachtoffer, maar naar de dader in zijn relatie tot het slachtoffer. De bevinding in dit preadvies, dat die relatie essentieel is voor genoegdoening zou wellicht een welkom – aanvullend – criterium kunnen bieden bij de vraag welke voorstellen prioriteit zouden moeten krijgen.

En, waar de wet niet kan spreken kunnen het Openbaar Ministerie en de rechter de handschoen oppakken. De kracht en het gezag van de

¹⁰⁰ Zie deel III.

¹⁰¹ A L J van Strien, 'De positie van het slachtoffer in het strafproces', in M S Groenhuysen en G Knigge, *Het onderzoek ter terechtzitting*. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Groningen 1999, p. 249-250; M S Groenhuysen, N J M Kwakman, 'Het slachtoffer in het vooronderzoek', in M S Groenhuysen en G Knigge, *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Groningen 2002, p. 773-978.

Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht

hen ter beschikking staande taal, vormen, gebaren en rituelen biedt – ondanks alle beperkingen – nog meer dan ‘*genoeg*’.